



**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**
REPÚBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL

El Amparo

Judicial de los Derechos
Fundamentales en una
Sociedad Democrática

SEGUNDA EDICIÓN
2018

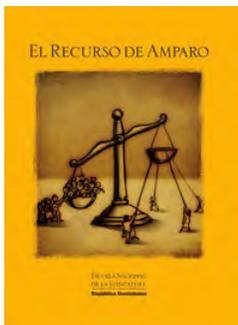
El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática

Segunda Edición
2018

David Ordóñez Solís, Miguelina Ureña Núñez, Bernabel Moricete
Fabián, Hermógenes Bienvenido Acosta, Pilar Jiménez,
Carlos Batista, Ellys Coronado y Mariloy Díaz.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPUBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL



El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática, 2da. Edición

Autores 1ra ed. 2006

Autores: David Ordóñez Solís, Miguelina Ureña Núñez, Bernabel Moricete Fabián, Hermógenes Bienvenido Acosta, Pilar Jiménez, Carlos Batista, Ellys Coronado y Mariloy Díaz.

Actualización 2da. ed. 2018 David Ordóñez Solís, Miguelina Ureña Núñez, Hermógenes Bienvenido Acosta, Bernabel Moricete Fabián y Ellys Coronado

Portada Edición anterior

© Escuela Nacional de la Judicatura, 2018
Calle César Nicolás Penson No. 59, Gazcue
Tel.: (809) 686.0672 | Fax: (809) 686.1101
Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana
e-mail: info@enj.org
www.enj.org

Consejo Directivo:

Mariano Germán Mejía (Presidente)
Leonardo Recio Tineo (Miembro)
Francisco Antonio Pérez Lora (Miembro)
Ysabel Guzmán Paredes (Miembro)
Juan Francisco Puello Herrera (Miembro)
Miguel Surun Hernández (Miembro)
Gervasia Valenzuela Sosa (Secretaria)

Hecho el depósito de Ley

ISBN: 978-9945-425-46-8

Coordinación técnica: Glennys M. Díaz Ferreira, Ricardo J. Mota Angeles, Alejandra Aquino y Dilenia Hernández

Corrección: Sabina A. Belén Gutiérrez

Portada: Amaurys Ant. Silva Núñez

Diagramación: Ricarlos Romero V.

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (CENDIJD)

Impresión: Amigo del Hogar.

Ordoñez, David; et al. El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática / Ordoñez, David; Ureña, Miguelina; Acosta, Hermógenes, Et al .—2da. Ed.—Santo Domingo : Escuela Nacional de la Judicatura, 2018

ISBN 978-9945-425-46-8

1.Procedimiento de Amparo 2.Derechos Fundamentales en Latinoamérica
3.Protección Judicial 4.Sistema Judicial Español

Contenido

Presentación de 2018.....	3
Presentación de 2016.....	9
Introducción	13

PRIMERA PARTE

El Derecho al Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales: Procesos de 'Constitucionalización' y de 'Internacionalización'

CAPÍTULO 1

La consagración de los derechos fundamentales y su protección judicial en las Constituciones contemporáneas

- 1.1 La 'constitucionalización' de los derechos fundamentales y su protección judicial: la Constitución como norma jurídica vinculante 34
- 1.2 La protección judicial de los derechos fundamentales frente al Estado y frente a los particulares: la 'publicación' de los derechos 36
- 1.3 Las generaciones de los derechos fundamentales y su protección judicial efectiva..... 40

CAPÍTULO 2

La protección judicial de los derechos fundamentales y los modelos de protección: del juez legal al juez constitucional

- 2.1 El modelo estadounidense de supremacía de la Constitución y la protección judicial de los derechos fundamentales 51
- 2.2 El modelo europeo de supremacía de la ley y sus transformaciones: el control de constitucionalidad y la garantía judicial de los derechos fundamentales 55
 - 2.2.1 El control de constitucionalidad y la protección reforzada de los derechos fundamentales por los Tribunales constitucionales: el ejemplo alemán y las experiencias italiana y española 57
 - 2.2.2 Del control abstracto de constitucionalidad de las leyes a la cuestión prioritaria de constitucionalidad en Francia 63
 - 2.2.3 La protección de los derechos fundamentales por el juez británico: la compatibilidad de las leyes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos 66

CAPÍTULO 3.

La experiencia de la protección judicial supranacional de los derechos fundamentales en Europa: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- 3.1 La consagración de los derechos civiles y políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos 72
- 3.2 El procedimiento de protección judicial de los derechos humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 75
- 3.3 Los efectos transformadores de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el juez europeo: 'derecho a un juicio equitativo' y 'derecho a un recurso efectivo' 79

- 3.4 Las nuevas dimensiones económicas y sociales de la jurisprudencia europea: del derecho a la vida privada y familiar a un derecho al medio ambiente..... 89

CAPÍTULO 4.

La protección judicial de los derechos humanos en la Unión Europea: Tribunales nacionales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- 4.1 La protección judicial de los derechos humanos en la Unión Europea: de la integración económica a la integración política..... 102
- 4.2 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa..... 110
- 4.3 La concurrencia de los Tribunales nacionales, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 122
- 4.3.1 La protección concurrente de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 123
- 4.3.2 La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 128

CAPÍTULO 5.

La Experiencia de la Protección Judicial Internacional de los Derechos Fundamentales en América: La Corte Interamericana de Derechos Humanos

- 5.1 Los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos..... 137
- 5.1.1 Recepción normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sistema de fuentes de la República Dominicana..... 137

5.1.2	El catálogo de los Derechos Fundamentales consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y su posicionamiento en el marco del Bloque de Constitucionalidad	148
5.1.2.1	El derecho a la personalidad, a la vida y a la dignidad de la persona	150
5.1.2.2	Los derechos de libertad personal	159
5.1.2.3	Las libertades fundamentales de religión, expresión y de asociación y el derecho de propiedad	162
5.1.2.4	Las garantías jurídicas y el derecho a la igualdad y a la no discriminación	165
5.1.2.5	Los derechos económicos, sociales y culturales no justiciables	172
5.2	Los procedimientos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano ante la Comisión y ante la Corte	173
5.2.1	El trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	174
5.2.2	El procedimiento seguido ante la Corte Interamericana: competencias consultivas y contenciosas.....	181
5.2.2.1	La competencia consultiva de la Corte Interamericana.....	182
5.2.2.2	La competencia contenciosa de la Corte Interamericana.....	182
5.3	La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	184
5.3.1	La jurisprudencia de la Corte Interamericana y la República Dominicana	188
5.3.1.1	La sentencia de 8 de septiembre de 2005 sobre las niñas Yean y Bosico	188

5.3.1.2 Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana .. 191

5.3.1.3 Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana 192

- Bibliografía de la primera parte

SEGUNDA PARTE

La Accion de Amparo Ante los Tribunales en los Sistemas Constitucionales Contemporáneos Comparados

CAPÍTULO 6.

El Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional español

6.1 El recurso de amparo y su regulación en la Constitución española de 1978 212

6.2 El procedimiento del recurso de amparo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional..... 215

6.2.1 Los actos susceptibles de impugnación en el recurso de amparo constitucional: Administraciones y Jueces..... 215

6.2.2 El procedimiento del amparo ante el Tribunal Constitucional..... 221

6.2.3 El contenido y los efectos de la sentencia dictada en amparo por el Tribunal Constitucional..... 225

6.3 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el recurso de amparo: balance de casi 40 años de jurisprudencia en garantía de los derechos fundamentales 229

6.3.1 La tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española y sus consecuencias..... 231

6.3.2 La igualdad sin que se produzca discriminación del artículo 14 de la Constitución española 239

6.3.3 Los otros derechos fundamentales amparados..... 244

6.4 El riesgo de colapso del Tribunal Constitucional y su estabilización: el filtro de la admisibilidad en el recurso de amparo 250

CAPÍTULO 7.

El procedimiento de protección judicial de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios españoles

7.1 La subsidiariedad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: intervención previa y reforzada de los jueces ordinarios en la protección de los derechos fundamentales..... 256

7.2 Los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales ante las distintas jurisdicciones: regulación provisional y régimen vigente 273

7.3 La valoración de la protección de los derechos fundamentales por los jueces españoles con especial referencia a los derechos que no son susceptibles de amparo 281

CAPÍTULO 8.

Las relaciones de los jueces españoles con los jueces europeos: diálogo y conflicto

8.1 La lucha por la supremacía judicial en España y las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo 286

8.2 El Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 292

8.3 Los Tribunales españoles y la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea..... 300

CAPÍTULO 9.

La interpretación de los derechos fundamentales por los jueces españoles en la integración europea

9.1	Las particularidades de la interpretación judicial de los derechos humanos: principios y reglas	317
9.1.1	La técnica de la ponderación de los derechos fundamentales como principios	318
9.1.2	La ponderación en la aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de los tribunales: derechos fundamentales y libertades económicas en la integración europea	324
9.2	La indivisibilidad de los derechos humanos y la interpretación judicial: la dimensión social de los derechos civiles y políticos en los tribunales europeos.....	332
9.3	Las limitaciones y la suspensión en el ejercicio de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en la interpretación por los jueces.....	338
9.3.1	La limitación de los derechos fundamentales 'prevista por la ley' y 'reservada a la ley'	340
9.3.2	El respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales.....	342
9.3.3	La suspensión de la eficacia de los derechos fundamentales: supuestos especiales	344
9.4	La proporcionalidad en la aplicación judicial de los límites al ejercicio de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.....	346
9.4.1	La proporcionalidad de las limitaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia de los Tribunales europeos.....	348
9.4.2	La proporcionalidad en las limitaciones a los derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional español.....	349

CAPÍTULO 10.

El recurso de amparo y sus orígenes históricos en México

- 10.1 Los antecedentes históricos del amparo en México y su influencia en otros Derechos..... 352
- 10.2 Los derechos tutelados en amparo y los procedimientos judiciales en México 357
 - 10.2.1 El procedimiento en el juicio de amparo indirecto 358
 - 10.2.2 Juicio de amparo directo o uniinstancial 360

CAPÍTULO 11.

La protección judicial de los derechos fundamentales en Costa Rica

- 11.1 La regulación constitucional del amparo en Costa Rica 363
- 11.2 Los derechos susceptibles de amparo en Costa Rica 366
- 11.3 El procedimiento judicial de amparo costarricense..... 366

CAPÍTULO 12.

Los derechos fundamentales en Argentina y su procedimiento de protección judicial.

- 12.1 El nacimiento y la evolución del amparo argentino 375
- 12.2 Los derechos protegidos en materia de amparo 377
- 12.3 El procedimiento judicial argentino en materia de amparo ...377

CAPÍTULO 13.

Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales a través del el proceso constitucional de amparo en el Perú

- 13.1 Protección del contenido esencial de los derechos fundamentales en el Perú. 381

13.2	El proceso de amparo en la normativa peruana y los derechos protegidos.....	384
13.3	Procedimiento judicial de la acción de tutela en Perú	388
13.3.1	La competencia en los procesos de Amparo	390
13.3.2	La demanda de amparo	391

CAPÍTULO 14.

El origen y el desarrollo de la acción de tutela en Colombia

14.1	Origen de la acción de tutela en Colombia	393
14.2	Los derechos protegidos con la acción de tutelados	396
14.3	Procedimiento judicial de la acción de tutela en Colombia ...	399

Bibliografía de la segunda parte

TERCERA PARTE

La Acción de Amparo de la República Dominicana

CAPÍTULO 15.

La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos Fundamentales en la República Dominicana

15.1	La Convención Americana de Derechos Humanos y el Derecho dominicano de protección de los derechos fundamentales.....	421
15.2	Los efectos de la Convención Americana de Derechos Humanos en el Derecho dominicano.....	431
15.3	La jerarquía de las fuentes normativas y la internacionalización de los derechos fundamentales.....	433

15.4	La constitucionalización de los derechos fundamentales en la República Dominicana y su protección judicial en amparo	440
------	--	-----

CAPÍTULO 16.

Evolución de la acción de amparo la República Dominicana

16.1	Resolución dictada el 24 de febrero de 1999, por la Suprema Corte de Justicia	452
16.1.1	Origen de la Resolución.....	453
16.1.2	La competencia	454
16.1.3.	Carácter sumario del proceso	454
16.1.4.	Los recursos	455
16.1.5.	Actos susceptibles del amparo	456
16.1.6.	Los poderes del juez	456
16.2.	Regulación legal de la acción de amparo	457
16.2.1.	Ley núm. 437-06, sobre procedimiento de amparo... ..	457
16.2.1.1	La competencia	457
16.2.1.2.	El papel activo del juez.....	458
16.2.1.3.	Los recursos	460
16.2.1.4.	Carácter sumario del proceso	460
16.2.1.5.	Informalidad del proceso	462
16.2.1.6.	Las causales de inadmisión.....	462
16.2.2.	Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales, de 15 de junio	463
16.2.2.1.	Las causales de inadmisibilidad	465
16.2.2.2.	El régimen de los recursos.....	466

CAPÍTULO 17.

El régimen procesal de la acción de amparo

- 17.1 Naturaleza constitucional e informal de la acción de amparo ..468
- 17.2 Los principios rectores de la justicia constitucional 475
 - 17.2.1 Los principios de garantías al debido proceso 476
 - 17.2.2 Los principios para el acceso a la justicia 480
- 17.3 Los sujetos con interés legítimo en el proceso de amparo 488
- 17.4 La jurisdicción competente en materia de amparo..... 494

CAPÍTULO 18.

El desenvolvimiento del proceso de amparo

- 18.1 El apoderamiento e impulsión procesal en amparo 512
- 18.2 Excepcionalidad de las medidas precautorias en amparo .. 521
- 18.3 La instrucción probatoria del proceso amparo..... 529
- 18.4 Los incidentes en el procedimiento de amparo 537
 - 18.4.1 Incidentes regulados en la ley sobre amparo 538
 - 18.4.2 Incidentes irrecibibles en amparo 543
- 18.5 Conclusión 546

CAPÍTULO 19.

Las causales de inadmisión de la acción de amparo

- 19.1 Causales de inadmisibilidad expresamente prevista por el legislador 550
 - 19.1.1 La existencia de otra vía efectiva..... 550
 - 19.1.1.1 Significado de la expresión "otra vía" 552

19.1.1.2.	Carácter subsidiario de la acción de amparo .	553
19.1.1.3	Interpretación de esta causal por el Tribunal Constitucional dominicano.....	567
19.1.1.4	Los fundamentos de esta causal de inadmisibilidad: evitar desnaturalización de la acción de amparo y la anarquía del sistema de justicia	578
19.1.2	Plazo dentro del cual debe incoarse la acción de amparo	581
19.1.2.1	Compatibilidad de este requisito con la Constitución.....	581
19.1.2.2	Punto de partida del plazo para accionar ...	584
19.1.2.3	Naturaleza del plazo previsto para accionar en amparo	587
19.1.2.4.	Justificación de condicionar la admisibilidad de la acción de amparo a un plazo: principios de seguridad jurídica y división de poderes	588
19.1.3	La notoria improcedencia de la acción de amparo....	590
19.1.3.1.	Relevancia de la casuística en esta materia....	590
19.1.3.2.	Fundamentos: evitar la desnaturalización de la acción de amparo y la anarquía del sistema de justicia	594
19.2	Causales de inadmisibilidad de origen pretoriano	594
19.2.1	Inadmisibilidad de la acción de amparo contra sentencia	595
19.2.2	Inadmisibilidad de una segunda acción de amparo	599
19.2.3	Inadmisibilidad de la acción de amparo de cumplimiento, cuando tiene por objeto la ejecución de la una sentencia	603
19.3	Consideraciones finales	604

CAPÍTULO 20.

Los amparos especiales

20.1.	El hábeas corpus.....	612
20.1.1.	Regulación de la acción de hábeas corpus.....	612
20.1.2.	Procedimiento de hábeas corpus.....	613
20.1.3.	Recursos contra el mandamiento de hábeas corpus....	615
20.2.	Hábeas data.....	616
20.3	El amparo de cumplimiento	618
20.3.1.	Finalidad de la acción de amparo de cumplimiento	618
20.3.2.	La legitimación para incoar la acción de amparo de cumplimiento	618
20.3.3.	Requisito de admisibilidad de la acción de amparo de cumplimiento	619
20.3.4.	Improcedencia de la acción de amparo de cumplimiento	621
20.4	El amparo colectivo	623
20.5	El amparo electoral.....	624
20.6.	El amparo contra sentencia: el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales	626
20.6.1.	Las causales del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales.....	626
20.6.2.	El procedimiento.....	629
20.6.3.	Requisitos de admisibilidad	631
20.6.3.1.	Requisitos generales de admisibilidad	631
20.6.3.2.	Requisitos particulares de admisibilidad	633
20.6.4.	Efectos del recurso	635
20.6.5.	Contenido de la sentencia que resuelve el recurso ...	636

CAPÍTULO 21.

La sentencia de amparo y las vías de recursos

21.1	La sentencia	637
21.1.1	Motivación de la sentencia	637
21.1.2	Contenido del dispositivo de la sentencia	638
21.1.3	Ejecución de la sentencia.....	639
21.2	Los recursos	642
21.2.1	El recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo.....	643
21.2.1.1	Tribunal Competente. Quórum para deliberar y decidir	643
21.2.1.2	Formalidades del recurso de revisión constitucional.....	651
21.2.1.3	Naturaleza del recurso.....	655
21.2.1.4	Requisito de admisibilidad del recurso de revisión constitucional. La especial trascendencia o relevancia constitucional ..	659
21.2.1.5	Efectos del recurso de revisión constitucional	661
21.2.2	Recurso de Tercería.....	662
21.2.2.1	Naturaleza del recurso.....	662
21.2.2.2	Formalidades del recurso.....	663
21.2.2.3	Efectos del recurso	664
	Abreviaturas.....	677

"L'histoire du droit témoigne de l'évolution des mentalités et des procédures qui y sont adaptées. Dans certains pays, où l'indépendance des juges est menacée, ceux-ci se mettent à l'abri de textes interprétés d'une façon aussi littérale que possible. Là où l'indépendance des juges est assurée, ils ont plus de liberté, plus de pouvoirs, mais ce pouvoir risque d'être contesté s'il ne s'exerce pas dans la ligne de l'opinion commune" [La historia del Derecho es testigo de la evolución de las mentalidades y de los procedimientos a los que se adapta en cada momento. En aquellos países en los que la independencia de los jueces está amenazada, éstos se amparan en los textos interpretados del modo más literal posible. En cambio, donde se asegura la independencia de los jueces, éstos gozan de libertad, de más poderes, pero este poder corre el peligro de ser impugnado si no se ejerce de acuerdo con la opinión común] (Chaïm Perelman, "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse", *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruselas, 1978, p. 425).

"We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" [Los jueces del Tribunal Supremo no somos los últimos porque seamos infalibles, sino que somos infalibles únicamente por ser los últimos] (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443-540 (1953), voto concurrente del juez Jackson).

"La consapevolezza che la vera garanzia dei diritti fondamentali e del loro contenuto essenziale non va cercata nell'autorità del potere politico, ma nel profondo della cultura dei popoli"
[La conciencia de la verdadera garantía de los derechos fundamentales y de su contenido esencial no es preciso buscarla en la autoridad del poder político sino en lo profundo de la cultura de los pueblos] (Gaetano Silvestri, "Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali", *Quaderni costituzionali, Rivista Italiana di Diritto Costituzionale* n° 1/2006, marzo de 2006, p. 24).

"In an integrated world, human rights require global justice" [En un mundo integrado, los derechos humanos requieren una justicia global], *Informe de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas*, Nueva York, 2016.

PRESENTACIÓN DE 2018

El *Manual del recurso de amparo*, que fue elaborado y publicado por la Escuela Nacional de la Judicatura a finales de 2006, ha servido de base para la formación de numerosos jueces dominicanos y sus resultados han sido muy apreciables. El *Manual* fue posible gracias al grupo de trabajo formado en la Escuela Nacional por jueces dominicanos, por un juez español y por el propio personal técnico de la Escuela.

Doce años después el vertiginoso desarrollo de los acontecimientos obligan a tener en cuenta los cambios acaecidos tanto en la República Dominicana como en otros Derechos comparados, en Europa y en América Latina, que han servido de referencia.

Ciertamente, en lo que respecta al sistema de justicia constitucional de la República Dominicana, en 26 de enero de 2010 fue proclamada una nueva Constitución e igualmente fue promulgada la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales. Esta reforma constitucional fue amplísima y en lo que concierne a la materia que nos ocupa es preciso destacar que en ella se crea el Tribunal Constitucional. Por otra parte, el amparo y el hábeas data adquirieron categoría constitucional; así como el Defensor del Pueblo.

Como consecuencia de la creación del Tribunal Constitucional, la Suprema Corte de Justicia perdió la competencia que tenía

en materia de amparo. En este orden, las sentencias dictadas por los jueces de amparo son revisadas por este nuevo órgano constitucional, vía el recurso de revisión constitucional. En este mismo orden, hay que destacar que el Tribunal Constitucional tiene competencia para anular sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia, vía el recurso de revisión constitucional, cuando se demuestre la violación a un derecho fundamental, por parte de un órgano judicial, con ocasión de un proceso judicial.

Este último recurso se constituye en una especie de amparo contra sentencia, similar al recurso de agravio que existe en el sistema argentino y al amparo constitucional previsto en el ordenamiento español. Se trata, sin duda, de un trascendental mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, en la medida que la admisibilidad del mismo está condicionado al agotamiento de los recursos ordinarios previsto en el derecho común, es decir, solo es viable cuando los mecanismos previstos en el derecho común no funcionaron adecuadamente.

Mediante la referida ley núm. 137-11 fue derogada la anterior ley núm. 437-06. La ley vigente no solo regula la acción de amparo ordinario, sino que prevé los denominados amparos especiales: el amparo de cumplimiento, el hábeas data, el amparo colectivo y difuso y el amparo electoral, igualmente, en esta normativa se regula la acción directa de inconstitucionalidad, el control difuso de constitucionalidad, el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales y el conflicto de competencia. Se trata, sin dudas de una ley amplísima, a la cual solo hace falta incluir el recurso de hábeas corpus y el juicio político para convertirla en un auténtico Código Procesal Constitucional, como existe en la provincia argentina de Tucumán, en Perú y en Costa Rica.

No menos trascendente es el hecho de que al Defensor del Pueblo se le reconoce legitimación para accionar en amparo en defensa de los derechos fundamentales de las personas, los derechos colectivos y los intereses difusos.

El nuevo panorama constitucional y legislativo es reforzado con los precedentes que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional, en aras de garantizar la supremacía constitucional, los derechos fundamentales y el orden constitucional.

Pero el actual sistema de justicia constitucional dominicano no está exento de falencias y debilidades, por el contrario, durante los casi siete años que tiene funcionando el nuevo sistema se han revelado serias dificultades. En este sentido, preocupa a una parte de la comunidad jurídica el hecho de que el Tribunal Constitucional tiene una alta matrícula, no dividido en salas y que requiere de nueve votos de trece miembros para deliberar y decidir. No menos preocupación genera la ausencia de mecanismos efectivos de constreñimientos para garantizar la ejecución de las sentencias.

La primera de las falencias señalada impide resolver los conflictos que llegan al Tribunal Constitucional en los plazos previstos por el legislador y la segunda pone a depender la eficacia de la sentencia de la buena voluntad de quien ha violado la Constitución o un derecho fundamental.

Como se aprecia los cambios constitucionales, legislativos y los aportes jurisprudenciales hechos por el Tribunal Constitucional y los jueces de amparo de la República Dominicana, los cuales hemos señalados en los párrafos anteriores, han sido de gran envergadura. De modo que lo que en 2006 solo era un embrión, en estos momentos ya se ha desarrollado en gran medida y ya pueden identificarse jurídicamente sus frutos e incluso sus limitaciones.

La evolución internacional y supranacional no ha sido menor. En este sentido y en Europa los cambios en el Consejo de Europa y en la Unión Europea son muy relevantes. Por una parte, el 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo n° 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable a 47 Estados y a más de 800 millones de europeos -desde los más sensibles ciudadanos británicos, franceses, alemanes o españoles hasta los recientemente incorporados a los países democráticos como la Federación Rusa,

Ucrania o los países balcánicos- y también se han previsto importantes modificaciones procesales y se ha llegado a facilitar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y, por otra parte, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha modificado sustancialmente los Tratados constitutivos de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, habiendo incorporado al Derecho de la Unión la Carta de Derechos Fundamentales, adoptada en Niza en el año 2000, adaptada en Estrasburgo en 2007 y que en los últimos años se está aplicando profusamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Asimismo, en un país como España, cuya experiencia de la transición de la dictadura a la democracia ha sensibilizado a sus jueces en la protección de los derechos fundamentales, el Parlamento español modificó en 2007, a instancias del propio Tribunal Constitucional, un generoso procedimiento de admisión de los recursos de amparo en relación con determinados derechos constitucionales que a punto estuvo de colapsarlo. Desde la entrada en vigor de la reforma, el Tribunal Constitucional español elige aquellos recursos de amparo que resulten de trascendencia constitucional para su enjuiciamiento. No obstante, esto no impide que ante los jueces ordinarios se sigan tramitando los recursos especiales de protección de los derechos fundamentales.

En fin, el *Manual* de 2006 tiene que ser adaptado y actualizado y para ello el equipo inicial de profesores se mantiene en lo sustancial y se ve enriquecido con la incorporación de nuevos apoyos de la misma Escuela Nacional de la Judicatura.

Así pues, el nuevo equipo de magistrados y técnicos creado por la Escuela Nacional debe rendir un homenaje a la dirección del centro, primero bajo la dirección de Luis Henry Molina y a continuación bajo el impulso de Gervasia Valenzuela, que hicieron posible redactar este *Manual de amparo* y celebrar numerosos cursos sobre el recurso de amparo.

A los 20 años de la creación de la Escuela Nacional consideramos que este *Manual*, aun cuando sea una modesta contribución jurídica, pretende mostrar el espíritu democrático y respetuoso que la Escuela Judicial de la República Dominicana quiere imprimir en unos jueces al servicio de los ciudadanos.

En Santo Domingo, República Dominicana, 25 de julio de 2018

Hermógenes Acosta de los Santos

Magistrado del Tribunal Constitucional de
la República Dominicana

PRESENTACIÓN DE 2006

1.- La democracia dominicana, de historia aciaga, durante más de un siglo abatida por la anarquía, tiempos en que la paz fue sinónimo de dictadura, desde hace más de cuarenta años vive una nueva utopía, la construcción del Estado constitucional en sorda beligerancia con las estructuras segmentarias de un poder “democrático” que impide la protección efectiva de la finalidad principal del Estado: el dominicano de a pié. Basta recordar que desde el primero de febrero de dos mil uno, fecha de la promulgación de la Ley núm. 19-01 que crea el Defensor del Pueblo han transcurrido seis años, sin que las cámaras legislativas de los privilegios y las prebendas, hayan apagado la linterna de Diógenes con que buscan un dominicano digno, como si solo pudiéramos ser medidos con el rasero del muladar.

2.- En nuestro tiempo, los problemas principales del constitucionalismo y de las libertades, ante los cuales los demás se minimizan, reside en la conjunción de dos factores: la educación y la cultura cívica. Al punto de que son el binomio indisoluble en la conformación del Estado de Derecho y de los derechos que le sirven de fundamento, por lo que la solidez de la estructura democrática de un país reside en la solidez de la coincidencia de esas líneas de fuerza. No discuto del papel importante que corresponde a los poderes públicos en la defensa de las libertades. Sin embargo, para que ese rol deje de ser ilusorio, es necesario que los planes

para robustecer la práctica social de los derechos de la persona humana se conviertan en vivencias compartidas por el mayor número posible de los dominicanos de a pié.

La experiencia internacional revela que sólo en los países donde los derechos humanos tienen una aceptación en la mayoría de la sociedad, son reales y efectivos esos derechos bajo el empuje de lo que suele llamarse opinión pública humanitaria. "Sólo cuando los derechos humanos se hayan inscrito en la conciencia cívica de los hombres y de los pueblos actúan como instancias para la conducta a las que se pueda recurrir". La existencia de una legislación apropiada, de instituciones y de un sistema judicial que actúe como guardián efectivo del respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales consagrados en ella, son condicionantes necesarias aunque no suficientes para que exista el clima que haga realidad el disfrute de las libertades. La aprobación cívica a los derechos humanos y al constitucionalismo no se produce por la sola convivencia social. Exige una enseñanza y un aprendizaje. El Estado está en la obligación de llevar a los planes de estudio los valores y principios en que se fundamentan las libertades y las reglas de la constitución que garantizan su vigencia.

Conscientes, de que la creación del Estado Constitucional obliga al desarrollo del conocimiento de los derechos fundamentales, de los principios e instituciones que rigen en democracia, de los medios de protección de esos derechos y, a un incremento sustancial de la cultura cívica, los autores de este libro, en lenguaje sencillo, asumen la tarea de instruir sobre: 1) la consagración de los derechos fundamentales o, individuales en la semántica de la Constitución dominicana y, la protección judicial; 2) los modelos de protección en América y Europa; 3) la experiencia de la protección judicial de los derechos fundamentales en América y Europa; 4) la protección judicial de esos derechos en República Dominicana; 5) el recurso de amparo como mecanismo de protección; 6) el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español y en

derecho latinoamericano; y 7) el procedimiento de amparo en los tribunales de República Dominicana.

Este libro tiende a educar y a impartir cultura cívica suficiente sobre el derecho de amparo, el ámbito de la institución y la forma de proceder ante los tribunales. La amplia información sobre derecho comparado hace saber las variantes del amparo en otros países, lo que permite otear nuevos horizontes. Todo bajo el predicamento de que uno de los medios para imponer la vigencia de los derechos fundamentales es a través del ejercicio de las vías destinadas a protegerlos.

3.- En una sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el día 24 de febrero de 1999, tras declarar que el recurso de amparo es una institución de derecho positivo dominicano, establece las formas procesales a seguir en el ejercicio de la acción. Es el amparo pretoriano, que es sustituido con la promulgación de la Ley núm. 437-06, del 30 de noviembre de 2006, sobre recurso de amparo. Los siete años de la práctica judicial del amparo pretoriano es aleccionadora. Evidencia que gran parte de sus operadores: abogados y jueces desconocen la enjundia de la institución. Entienden que se trata de una ley sobre un procedimiento judicial que se desarrolla bajo las formas del referimiento en desmedro del leitmotiv del amparo: la protección efectiva de los derechos fundamentales. El balance de la práctica judicial del amparo en su versión pretoriana deja mucho que desear a consecuencia de la resistencia de importantes jurisdicciones en admitir la naturaleza autónoma de la acción al endilgarle el minusvalor de acción accesoria, subsidiaria o de segundo grado, lo que me llevó hace algunos meses a lanzar un grito desesperado: ¿El derecho de amparo en desamparo? aún cuando expresé la fe que mantengo en la Suprema Corte de Justicia de que sabrá enmendar la errónea orientación de la jurisprudencia de los jueces del fondo.

La ley núm. 437-06 del 30 de noviembre de 2006, sobre el recurso de amparo, pone fin a la divergencia, una vez que su artículo 4,

dispone: "La reclamación de amparo constituye una acción autónoma que no podrá suspenderse o sobreseerse para aguardar la definición de la suerte de otro proceso judicial, de la naturaleza que fuere; ni tampoco se subordina al cumplimiento de formalidades previas, o al agotamiento de otras vías de recurso o impugnación establecidas en la ley para combatir el acto u omisión que pretendidamente ha vulnerado un derecho fundamental".

Con el texto, el recurso de amparo readquiere la naturaleza que le es propia, que lo asimila a la concepción que la jurisprudencia dio al recurso de hábeas corpus, antes de su asesinato por el Código procesal penal.

El libro que les presento es un aporte importante a la bibliografía jurídica dominicana, satisface las necesidades de información sobre la teoría y la jurisprudencia de los siete años del amparo pretoriano que reproduce la ley, en su mayor parte.

Sólo me resta felicitar a los autores y a la Escuela Nacional de la Judicatura que publica la obra.

Santo Domingo, febrero de 2006.

Juan Ml. Pellerano Gómez

INTRODUCCIÓN

La protección por los jueces de los derechos reconocidos en las Constituciones contemporáneas es un logro relativamente reciente de nuestras sociedades hasta el punto de que, con carácter general, podría considerarse que corresponde a la segunda mitad del siglo XX el desarrollo más acabado de esta manifestación del Estado de Derecho. No obstante, en algunos Estados la evolución de la protección judicial de los derechos fundamentales ha sido más lenta, como lo atestigua el caso de España que sólo en el último cuarto del siglo XX puede considerarse que logró enterrar las doctrinas decimonónicas sobre la ausencia de todo valor jurídico de la Constitución y de una manera efectiva confirió una protección judicial a los derechos fundamentales consagrados. En efecto, en las Leyes fundamentales del régimen franquista que estuvieron vigentes hasta 1977 se proclamaban y reconocían derechos con rango constitucional, sin embargo, en ninguna ocasión los jueces españoles aplicaron efectivamente tales derechos; en cambio, la consagración por la Constitución democrática española de 1978 de esos mismos derechos generó casi sin solución de continuidad una extraordinaria jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de los Tribunales ordinarios en virtud de la

cual se les concedía a los derechos constitucionales una fuerza jurídica inusitada como es el caso, por ejemplo, del derecho a la tutela judicial efectiva¹.

Tanto el reconocimiento constitucional como la protección judicial de los derechos fundamentales responden a las distintas etapas históricas de la realización del Estado de Derecho: el Estado liberal, el Estado social y el Estado democrático de Derecho. Por eso resultará tan importante presentar el elenco de los distintos derechos fundamentales protegidos y que, por lo general, se ha aumentado gradualmente, pasando de un núcleo de derechos civiles y políticos, esenciales para el funcionamiento de una democracia moderna tal y como fueron asumidos por las revoluciones liberales en la América y en la Europa de finales del siglo XVIII, a otros derechos con mayor o menor alcance en el ámbito social, económico y cultural, derivados de las revoluciones obreras del siglo XIX y de los más diversos movimientos sociales del siglo XX. En definitiva, el catálogo actual de los derechos fundamentales responde a grandes rasgos a las distintas generaciones de

1 En España el artículo IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, del 17 de mayo de 1958, empezaba así: «Todos los españoles tienen derecho: a una justicia independiente, que será gratuita para aquellos que carezcan de medios económicos...»; asimismo, el artículo 29 de la Ley Orgánica del Estado, del 10 de enero de 1967, disponía: «La justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las leyes, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley»; y el artículo 30 de esta misma Ley fundamental franquista disponía: «Todos los españoles tendrán libre acceso a los Tribunales. La Justicia será gratuita para quienes carezcan de medios económicos». Sin embargo, se trata de previsiones que no tuvieron la más mínima consecuencia, lo que no impide que Jesús González Pérez apostille: «El Ordenamiento anterior a la Constitución hubiera permitido a los Jueces impartir una tutela judicial efectiva frente a las arbitrariedades de la Administración. Y hay que reconocer que en buena parte fueron superando algunas de las deficiencias del texto inicial de la Ley [de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa] de 1956. Pero, excesivamente respetuosos con el poder, los jueces no agotaron todas las posibilidades que ofrecía para garantizar al administrado una tutela jurisdiccional plena», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Ley núm. 29/1998, del 13 de julio*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 15-16. En cambio, el artículo 24 de la Constitución española de 1978 puede considerarse el precepto constitucional más invocado y más frecuentemente aplicado por los tribunales españoles con una fuerza expansiva extraordinaria.

derechos humanos que se proclaman en el ámbito de la cooperación internacional o de derechos fundamentales que consagran las Constituciones nacionales adoptadas más recientemente.

En suma, el objeto preciso de este *Manual* consiste en presentar la protección judicial de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados internacionales en una sociedad democrática. Con carácter general se pretende mejorar la calidad de la protección judicial de los derechos fundamentales mediante la sensibilización de los operadores jurídicos en la República Dominicana. A tal fin se procederá a una aproximación jurídico-constitucional y procesal de la protección judicial de los derechos fundamentales, del amparo judicial de los derechos fundamentales.

La protección de los derechos fundamentales por los jueces puede ser abordada teniendo en cuenta, en primer lugar, dos procesos paralelos y contemporáneos: la *constitucionalización* de los derechos fundamentales y la *internacionalización* de los derechos humanos². Del valor y de la fuerza jurídica de las Constituciones nacionales y de los Convenios internacionales que consagran los derechos fundamentales deriva su *justiciabilidad*, su protección judicial. Se trata de un proceso que puede identificarse fácilmente con la segunda mitad del siglo XX en la era de las Naciones Unidas y bajo el impulso de organizaciones internacionales regionales como el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos. Y a la vista de estas experiencias nacionales e internacionales se intentará analizar y evaluar el sistema de protección judicial de los derechos fundamentales de la República Dominicana, donde se promulgó la Ley dominicana núm. 437-06, del 5 de diciembre de 2006, mediante la cual toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y simple denominado recurso de amparo que ha estado precedida por una recepción jurisprudencial de

2 Francisco Rubio Llorente, "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", *Fundamentos* n° 4/2006, p. 229, ha recordado: «la denominación de derechos humanos ha quedado de hecho reservada en nuestro tiempo para los consagrados bajo esa rúbrica en el ámbito internacional».

este procedimiento inspirado en la Convención Americana de Derechos Humanos³.

En la elaboración del presente *Manual* se pone de manifiesto un fenómeno que es visible en la última mitad del siglo XX en las sociedades democráticas más avanzadas y que consiste en el perfeccionamiento de la protección judicial de los derechos fundamentales hasta el punto de que, como ha sostenido Cruz Villalón, 'la garantía de los derechos es la espina dorsal de la potestad de juzgar'⁴.

Por esa razón son tres los ejes en torno a los que se elabora este *Manual*: en primer lugar, el respeto de los derechos fundamentales constituye un presupuesto indispensable de toda sociedad democrática; la calidad de la democracia de un país se otorga o consigue, en gran medida, en función de la protección más efectiva de los derechos humanos.

En segundo lugar, se ha producido en las últimas siete décadas un fenómeno de *constitucionalización* de los derechos fundamentales que, en muchos casos, implica el establecimiento de vías procedimentales específicas ante los Tribunales Constitucionales o ante las Cortes Supremas; hasta el punto de que una sociedad tan indudablemente democrática como históricamente relevante, como es el caso del Reino Unido, ha tenido que adaptarse a los nuevos tiempos en cuanto se refiere al reconocimiento constitucional de derechos fundamentales; así, por ejemplo, la '*Human Rights Act*' británica de 1998 ha tenido un efecto que sin exageración

3 Proyecto de Ley mediante la cual toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y simple denominado recurso de amparo, expediente 00522-2006-SLO-SE; el proyecto de Ley fue depositado el 17 de agosto de 2006, fue aprobado en primera lectura el 24 de octubre de 2006 y en segunda lectura el 1 de noviembre de 2006, esperando firmas del presidente y secretarios del Senado dominicano el 10 de noviembre de 2006.

4 Pedro Cruz Villalón, "El Juez como garante de los derechos fundamentales", en *Constitución y Poder Judicial*, XXV Aniversario de la Constitución de 1978, Madrid, 2003, p. 45.

podría calificarse de revolucionario en el ordenamiento jurídico británico⁵.

Y, en tercer lugar, la protección judicial de los derechos humanos ha recibido un impulso particularmente decisivo en aquellos países que son parte de organizaciones regionales internacionales en las que se han erigido sistemas efectivos de protección judicial y cuyos ejemplos más conspicuos son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el seno del Consejo de Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El método que se sigue en este *Manual* es de carácter esencialmente jurídico y, más en particular, los distintos aspectos que se abordan se hacen desde una perspectiva judicial y teniendo como objetivo el análisis y la resolución de casos concretos. Ciertamente, resulta de interés y podrían establecerse los presupuestos filosófico-jurídicos de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos humanos; y también resultaría de gran importancia identificar las consecuencias filosóficas o políticas de su protección; sin embargo, la tarea propuesta es más modesta y sólo pretende aportar un análisis hecho por juristas prácticos, fundamentalmente jueces en ejercicio, y dirigida de manera principal a los jueces o a los abogados que día a día siguen la senda del Derecho. En este sentido los autores del *Manual* pretenden seguir el consejo de Robert Alexy para quien «la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente la ciencia del derecho y que los enunciados y teorías expuestas en ella desde esta perspectiva, por más abstractos que puedan ser, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser»⁶.

5 Satvinder Singh Juss, "Constitutionalising Rights without a Constitution: the British Experience under Article 6 of the Human Rights Act 1998", *Statute Law Review* vol. 27, nº 1, 2006, pp. 29-60.

6 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 33.

Ahora bien, un análisis jurídico-constitucional, llevado a cabo desde una perspectiva judicial, no puede dejar de lado otros enfoques, en particular el histórico y el politológico, que permiten comprender cómo se produce una transformación de un ordenamiento constitucional. Y nuevamente podría recurrirse al caso de España para ilustrar tales cambios dado que en este país, prácticamente sin solución de continuidad y con una reforma constitucional que permitió la ruptura constitucional, se produjo la transición de un régimen 'constitucional' dictatorial a un régimen constitucional democrático uno de cuyos fundamentos es precisamente la garantía judicial de los derechos fundamentales; una garantía que fue reforzada al establecer un procedimiento especial de protección, el denominado recurso de amparo, ante un Tribunal Constitucional⁷. Y al mismo tiempo en este *Manual* se tienen en cuenta los procesos de transición a la democracia llevados a cabo en Europa en la segunda mitad del siglo XX: en este sentido resultan paradigmáticos los ejemplos de la República Federal de Alemania y su Ley Fundamental de Bonn de 1949; que tienen su continuación en las Constituciones adoptadas en Portugal en 1976 y en España en 1978; y la última oleada democratizadora que ha modificado sustancialmente la Europa central y oriental desde la caída del Muro de Berlín en 1989.

El *Manual* se articula en torno a tres partes. Una primera parte aborda la cuestión relativa al derecho al amparo judicial de los derechos fundamentales en su proceso de 'constitucionalización' (capítulos 1 y 2) y de 'internacionalización' (capítulos 3 a 5), aplicando los resultados históricos y de Derecho comparado,

7 En España la 'reforma' se lleva a cabo mediante la adopción por el Parlamento franquista de la séptima Ley fundamental -verdadero haraquiri del régimen dictatorial-, la Ley para la reforma política [Ley núm. 1/1977, del 4 enero, para la Reforma Política], refrendada democráticamente por el pueblo español el 15 de diciembre de 1976; asimismo, la 'ruptura' se produce indudablemente con la aprobación también en referéndum el 6 de diciembre de 1978 de la Constitución en la que se deroga expresamente ésta Ley para la reforma política «así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley», es decir, todas las demás leyes fundamentales franquistas.

especialmente europeo y americano. La segunda parte se hace girar en torno al recurso de amparo en los sistemas constitucionales contemporáneos, analizando específicamente los procedimientos jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales y su interpretación en España (capítulos 6 a 9), y en Latinoamérica, en particular en México, Costa Rica, Argentina, Perú y Colombia (capítulos 10 a 14). La tercera parte consiste en un análisis en profundidad, a la vista del Derecho comparado y del Derecho internacional, de la aplicación en la República Dominicana del recurso de amparo, de acuerdo con los primeros desarrollos jurisprudenciales de 1999 y ya, a partir de 2010, en virtud de la nueva regulación constitucional y legal (capítulos 15 a 21).

El *Manual* estructura el tratamiento de los problemas más importantes que se plantean en torno a tres partes y esta división ha permitido en la mayoría de los supuestos un reparto en la tarea de la elaboración por cada uno de los autores responsables del proyecto. De este modo se ha atribuido inicialmente la elaboración y redacción de cada capítulo a los distintos miembros del equipo. Así, en la primera parte sobre la constitucionalización e internacionalización de la protección de los derechos fundamentales, la redacción de los capítulos 1, 2, 3 y 4 ha sido asumida por David Ordóñez y el capítulo 5 es obra de Bernabel Moricete; en la segunda parte, dedicada al Derecho comparado, David Ordóñez se ha ocupado de los capítulos 6, 7, 8 y 9; y los capítulos 10, 11, 12, 13 y 14 han sido redactados por Ellys Coronado; de la tercera parte sobre el Derecho dominicano Bernabel Moricete ha redactado el capítulo 15 mientras que Hermógenes Acosta se ocupó de los capítulo 16, 19, 20 y 21; y los capítulos 17 y 18 son obra de Miguelina Ureña.

No obstante, la redacción final y el conjunto del proyecto son asumidos, en sustancia, por todos los redactores de este *Manual*.

Aun cuando sigue siendo un *Manual* de formación, hemos preferido dejar fuera los ejercicios prácticos de la primera edición, elaborando un libro más académico pero, en todo caso, sigue

siendo un *Manual* abierto al cambio y sujeto a la mejora progresiva en atención a las sugerencias de todos los participantes en la formación, de tal modo que sirva como instrumento para guiar y realizar un intercambio y un debate de ideas y, sobre todo, de experiencias profesionales, especialmente de jueces, defensores, abogados y otros operadores jurídicos, vinculadas a la protección judicial de los derechos fundamentales.

El origen y el destino de este *Manual* ha sido y es la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, que, a través de sus directores, Luis Henry Molina y Gervasia Valenzuela Sosa, trataron con especial consideración este proyecto, y siempre brindaron a los autores el necesario apoyo técnico y logístico.

Por tanto, a todas estas instituciones y personas desean expresar a los autores su agradecimiento por la generosidad, la comprensión y la paciencia a la hora de favorecer su participación y de prestar el apoyo necesario para que este proyecto, volcado en mejorar la justicia al servicio de los ciudadanos, se llevase felizmente a término.

PRIMERA PARTE

SUMARIO: **CAPÍTULO 1.** La consagración de los derechos fundamentales y su protección judicial en las Constituciones contemporáneas. **CAPÍTULO 2.** La protección judicial de los derechos fundamentales y los modelos de protección: del juez legal al juez constitucional. **CAPÍTULO 3.** La experiencia de la protección judicial supranacional de los derechos fundamentales en Europa: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **CAPÍTULO 4.** La protección judicial de los derechos humanos en la Unión Europea: Tribunales nacionales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **CAPÍTULO 5.** La Experiencia de la Protección Judicial Internacional de los Derechos Fundamentales en América: La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Derecho al Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales: Procesos de 'Constitucionalización' y de 'Internacionalización'

En el Derecho contemporáneo son visibles dos fenómenos de extraordinaria importancia para el desarrollo de una sociedad democrática: la consagración de derechos fundamentales en Constituciones -que son la norma fundamental de un Estado lo que implica su protección judicial efectiva- y la consagración de los derechos humanos en convenios internacionales -que, en ocasiones, establecen procedimientos judiciales de control que generan una cultura de los derechos fundamentales de incalculable valor-. En ambos casos puede observarse que el reconocimiento de los derechos fundamentales o de los derechos humanos está vinculado al establecimiento de mecanismos ordinarios o especiales de protección de tales derechos.

En los ámbitos nacionales se crean tribunales especializados en la protección y la interpretación de los derechos fundamentales,

como es el caso en Europa de la generalización de los Tribunales Constitucionales; pero también los Tribunales Supremos, como paradigmáticamente muestra la experiencia americana, asumen como una de sus funciones más característica la garantía judicial de los derechos fundamentales.

Pero también en los ámbitos internacionales regionales, tanto en Europa como en América, se han establecido Tribunales supranacionales -como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- que confieren una importancia decisiva a su función de garantizar judicialmente la efectiva protección de los derechos reconocidos en los respectivos convenios.

En el ámbito universal de las Naciones Unidas el siglo XXI ha estado jalonado por dos programas: el primero, que giró alrededor de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el segundo, ahora en vigor, que se articula en torno a los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁸. En el último *Informe de Desarrollo Humano* se subraya que en un mundo integrado, los derechos humanos requieren una justicia global⁹.

En 2015 la Asamblea General aprobó diecisiete *Objetivos de Desarrollo Sostenible* de los cuales el 16º se refiere a la paz, a la justicia y instituciones fuertes y con este objetivo se pretende: «Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas». Desde el punto de vista de la justicia, las metas más relevantes son tres: en primer lugar, «promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso

8 NACIONES UNIDAS (2015), *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución de la Asamblea General del 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, Nueva York.

9 NACIONES UNIDAS, *Human Development for Everyone Report 2016*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2016, p. 130: «In an integrated world, human rights require global justice».

a la justicia para todos» (16.3); en segundo lugar, contar con instituciones que sean eficaces y transparentes que rindan cuentas (16.6), fortaleciéndolas mediante la cooperación internacional (16.1); y, en tercer lugar, proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales (16.10), promoviendo y aplicando leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible (16.b)¹⁰.

Precisamente examinamos cuál ha sido el efecto de tales procesos en un ámbito nacional singular como es la República Dominicana donde convergen tradiciones jurídicas europeas, principalmente de gran raigambre francesa, y obviamente americanas, y donde de modo paradigmático la Suprema Corte de Justicia consagró por vía jurisprudencial en 1999 un procedimiento especial de protección judicial de los derechos fundamentales apoyándose, directamente, en el tenor del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos conforme al cual: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención».

Por tanto y si bien el análisis de esta primera parte gira en torno a la consagración de los derechos fundamentales por las Constituciones nacionales y por los Convenios internacionales regionales más avanzados, el objetivo fundamental es analizar la *justiciabilidad* de los derechos fundamentales, de los derechos humanos; es decir, examinar las vías de protección judicial efectiva con que cuentan tales derechos que son esenciales para el funcionamiento de una sociedad democrática. De este modo, se pretende mostrar cómo la justicia se identifica no solo o no tanto con el reconocimiento de algunos derechos sino más bien con su efectiva garantía¹¹.

10 David Ordóñez Solís, "Por una justicia sostenible en un mundo en cambio", *Diario La Ley* n° 9183, Madrid, 23 de abril de 2018.

11 Silvio Gambino y Giovanni Moschella, "L'ordinamento giudiziario fra Diritto comparato, Diritto comunitario e CEDU", *Politica del Diritto* vol. XXXVI, n° 4, diciembre de 2005, p. 544.

Desde un principio debe advertirse que la especial sensibilidad hacia la protección de los derechos fundamentales y a los derechos humanos tiene también sus riesgos que son siempre el reverso de actuaciones que, desde luego, tienen su origen en buenos propósitos: por una parte, la banalización de los derechos y, por otra parte, la lucha desmedida de los tribunales por imponerse en su condición de últimas instancias de decisión judicial.

El primer y más patente escollo para la aplicación efectiva de los derechos fundamentales consiste en adoptar instrumentos normativos de todo tipo diluyendo en cierto modo su importancia y trascendencia; así ha ocurrido en el ámbito internacional con la adopción de los más variopintos instrumentos convencionales, muchas veces cargados de una inquietante retórica y sin consecuencias efectivas en los ordenamientos internos; pero también en otros ordenamientos modélicos, como pudieran ser los de la integración supranacional, como es el caso de la Unión Europea, no han dejado de adoptarse las más distintas proclamaciones y elencos de derechos fundamentales, sea el Convenio Europeo de Derechos Humanos sea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, junto con otros instrumentos convencionales o casi-constitucionales que obviamente tienen diversas formulaciones y distinto alcance. Y también en el ámbito interno cada una de las Constituciones nacionales adopta su propio elenco de derechos fundamentales que, en muchos casos, se han completado con las más diversas proclamaciones en las constituciones de los Estados federados o de las Regiones que integran el Estado compuesto. De este modo la proliferación de las más variadas convenciones y constituciones que responden a necesidades y a propósitos bien distintos socava y, en cierto modo, minimiza el carácter esencial de los derechos fundamentales cuya protección judicial efectiva se pretende.

La segunda dificultad en la garantía efectiva de los derechos fundamentales proviene precisamente de las distintas instancias judiciales encargadas de su protección y con lo que a la hora de

determinar la superioridad de los tribunales supremos: sean los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios, sean los tribunales nacionales y los tribunales supranacionales.

En ambos supuestos, la banalización de los derechos fundamentales y la concurrencia en su interpretación de distintas instancias judiciales supremas restan visibilidad a los derechos y dificultan una sólida interpretación; sin embargo, también ofrecen la ventaja de acelerar la interpretación y la consolidación de los más distintos derechos esenciales en el desarrollo de una sociedad democrática tan plural como sometida a una transformación vertiginosa.

En la historia del constitucionalismo moderno, a partir de las Revoluciones norteamericana y francesa principalmente, la consagración en la Constitución de los derechos fundamentales no supuso desde el primer momento que tales derechos fuesen susceptibles de amparo judicial. Sólo después de una evolución, muy distinta en América -principalmente en los Estados Unidos-, y en Europa -de manera especial en los Estados continentales de tradición jurídica romano-germánica-, resulta consustancial a la consagración constitucional de los derechos fundamentales su efectiva protección por los jueces. Y esto ha sido así en la medida en que los tribunales han llegado a reconocer la Constitución no sólo como el pacto político fundamental de un Estado sino también en su calidad de norma jurídica suprema del país y, por tanto, con eficacia jurídica plena.

Al mismo tiempo, la protección de los derechos fundamentales ha revelado fielmente las transformaciones sufridas por el Estado en los dos últimos siglos: así, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se produce una transición del Estado liberal al Estado social de Derecho que se refleja precisamente en el tipo de derechos consagrados en las Constituciones; pero también en las últimas décadas del siglo XX y ya en este siglo XXI se han dado pasos para establecer una nueva etapa del Estado democrático de Derecho lo que nuevamente se aprecia en el elenco y en la importancia concedida a los distintos derechos fundamentales

recogidos en las Constituciones. Precisamente, en el último cuarto del siglo XX la protección de los derechos fundamentales ofrece una nueva dimensión en la medida que su garantía judicial debe hacerse ya no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a terceros pues como ha subrayado Pedro de Vega: «Puesto que los derechos fundamentales son lesionados también, y en todas partes, por los múltiples poderes privados surgidos en el seno de la sociedad corporatista del presente, esos poderes privados tendrán que ser forzosamente tenidos en cuenta a la hora de construir una efectiva teoría jurídica de la libertad»¹².

Es preciso examinar, por tanto, la consagración de derechos fundamentales en las Constituciones y la naturaleza jurídica de estas en cuanto normas fundamentales de los Estados, así como la transformación que este fenómeno político y jurídico supone desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionalmente reconocidos. Por lo que, de manera más específica, se pretende, por una parte, examinar la consagración de derechos fundamentales en las Constituciones y la naturaleza jurídica de éstas como normas fundamentales del Estado así como la transformación que este fenómeno político y jurídico supone desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionalmente reconocidos. Y, por otra parte, se intenta presentar la consagración de los derechos humanos en tratados internacionales que, en ocasiones, establecen procedimientos judiciales de control que generan una cultura de los derechos fundamentales de incalculable valor: el ejemplo sin duda más significativo es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también resultan particularmente relevantes las experiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las particularidades que presenta la protección de los derechos fundamentales en el marco de una integración económica y política por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

12 Pedro de Vega, "Prólogo" al estudio de Ángela Figueruelo Burrieza, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 16.

A continuación se examina la consagración de los derechos fundamentales en las distintas Constituciones y los efectos que ha tenido este proceso de constitucionalización desde el punto de vista de su garantía y amparo judicial.

Los dos primeros capítulos se refieren a la perspectiva nacional: el primero trata de recordar y de situar el surgimiento de la consagración jurídica de los derechos fundamentales; primero en las Constituciones, especialmente a partir de la *Bill of Rights* de los Estados Unidos de América (1791) y ya en la segunda mitad del siglo XX en los convenios internacionales, tanto universales como regionales. A tal efecto, dedicaremos una consideración especial de las Constituciones europeas, en particular la española, y de los convenios supranacionales en Europa (Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000) y en América (Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969). La segunda parte, se refiere a la experiencia de la protección judicial en ámbitos supranacionales del Consejo de Europa (Tribunal Europeo de Estrasburgo) y de la Unión Europea (Tribunal de Justicia de Luxemburgo).

Mientras que la primera parte se dedica a recordar los catálogos, las generaciones y las categorías de derechos fundamentales, en la segunda parte se hace un análisis eminentemente jurisprudencial.

Es preciso que los jueces conozcan la evolución de la consagración constitucional e internacional de los derechos humanos. La fuerza jurídica de estos textos constitutivos nacionales e internacionales deriva, precisamente, de la erección de los correspondientes tribunales nacionales y supranacionales. La experiencia europea ha servido de acicate para las demás realizaciones internacionales y supranacionales.

Finalmente, el examen comparado de textos nacionales, europeos y americanos, así como su aplicación por el Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal de Luxemburgo y la Corte Interamericana de San

José podrán resultar clarificadores del modo de interpretar en el siglo XXI los derechos humanos.

De manera paralela al desarrollo del Estado constitucional, en el marco de las Naciones Unidas se ha impulsado una política de protección de los derechos humanos que se apoya, por una parte, en la adopción de ambiciosas y a veces irreales consagraciones de derechos, y que, por otra parte, intenta la adopción de los más diversos procedimientos de control que, en raras ocasiones, tienen carácter jurisdiccional. La evolución en este ámbito demuestra una gran ambición retórica que por lo general olvida la necesidad de una protección judicial efectiva. La consagración de los derechos fundamentales en los tratados internacionales reveló prácticamente durante la segunda mitad del siglo XX la división ideológica -entre países capitalistas y socialistas- lo que se reflejó en la división habitual incluso en los ámbitos de integración regional entre los convenios de protección de los derechos civiles y políticos, por una parte, y los tratados relativos a la salvaguardia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Este proceso de *internacionalización* de la protección de los derechos fundamentales ha sido asumido en algunos casos por las Constituciones más recientes que han establecido cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos de tal modo que se asumen constitucionalmente los desarrollos habidos en los ámbitos de cooperación internacional y regional¹³. Tal es el ejemplo de la Constitución española de 1978 que en su artículo 10.2 establece una cláusula del tenor siguiente:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los

13 Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, especialmente, pp. 87-203.

tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Pero también los tratados internacionales sobre los derechos humanos han tenido una influencia en la protección judicial de los derechos fundamentales como refleja paradigmáticamente la extraordinaria acogida que en el Derecho de la República Dominicana ha dispensado la Suprema Corte de Justicia en su sentencia de 24 de febrero de 1999, interpretando el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y creando por vía jurisprudencial un procedimiento judicial de protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en tanto que «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».

Así pues, se pretende examinar la consagración de los derechos humanos en convenios internacionales que, en ocasiones, establecen procedimientos judiciales de control que generan una cultura de los derechos fundamentales de incalculable valor. El ejemplo sin duda más significativo es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado en 1950 por el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa. De manera complementaria es preciso poner de relieve en el ámbito europeo las particularidades que presenta la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, experiencia única en un proceso de integración económica y que, con el tiempo, se ha visto desbordado por la necesidad política de proteger los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea y exigidos cada vez con más intensidad por un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que, como presupuesto de su integración en la Unión Europea, están sometidos todos los Estados miembros de la Unión Europea. Por último, también resulta particularmente relevante para mostrar la protección judicial internacional de los derechos humanos las

experiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, réplica del sistema judicial europeo.

Esta Primera parte pretende analizar la consagración de los derechos humanos en Convenios internacionales que, en ocasiones, establecen procedimientos judiciales de control que generan una cultura de los derechos fundamentales de incalculable valor: el ejemplo sin duda más significativo es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también resultan particularmente relevantes las experiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las particularidades que presenta la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CAPÍTULO 1.

La consagración de los derechos fundamentales y su protección judicial en las Constituciones contemporáneas

David Ordóñez Solís

La consagración y el reconocimiento de los derechos de la persona y del ciudadano en las Constituciones contemporáneas tuvieron en los primeros momentos revolucionarios de finales del siglo XVIII un significado fundamentalmente político. No obstante, la evolución de la propia Constitución hacia su posición como norma fundamental del ordenamiento jurídico se debe a la labor de los tribunales encargados de su interpretación como ha sido el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero también debe atribuirse a la creación de unos tribunales de naturaleza muy especial, como son los Tribunales Constitucionales. Esta transformación de la naturaleza de la Constitución ha supuesto que los derechos consagrados en las Constituciones adquieran un valor y una fuerza jurídicos de extraordinarios efectos.

Este fenómeno no se produce en un momento preciso y determinado sino que es fruto de una evolución bien distinta en América -principalmente desde los primeros momentos y a lo largo del siglo XIX- y en Europa -debido a las experiencias constitucionales de entreguerras, años 20 y 30 del siglo XX, que terminan

cristalizando en la segunda mitad del siglo XX-. En la actualidad, a principios del siglo XXI, resulta un lugar común la consagración constitucional de los derechos fundamentales y es inherente a la misma su protección judicial. Sin embargo, la distinta evolución y las propias tradiciones jurídicas aun cuando resultan convergentes tienen sus propias peculiaridades que conviene someramente recordar.

1.1 La 'constitucionalización' de los derechos fundamentales y su protección judicial: la Constitución como norma jurídica vinculante

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 proclama: «*Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución*». Sin embargo y especialmente en Europa los derechos consagrados en las Constituciones fueron en un principio meras proclamaciones de carácter político de tal manera que su propia ubicación en estos textos los sustraían de la aplicación y de la interpretación por los jueces que no les reconocieron valor jurídico alguno en tanto no habían sido desarrollados por las leyes. Las circunstancias cambiaron una vez que en los distintos países se otorgó a la Constitución el valor de norma jurídica fundamental.

Ahora bien, el contenido de las distintas Constituciones está vinculado al momento histórico en que se adoptan. De modo que es muy distinto el contenido y el alcance de una Constitución como la norteamericana de 1787 y la mayor parte de sus enmiendas de 1789 o de cualesquiera de las Constituciones adoptadas en el siglo XIX, que las más recientes Constituciones europeas de la postguerra en Italia o la República Federal de Alemania, en los años 70 en Portugal y España, o en los años 90 del siglo XX en los países de Europa central y oriental, incluida la Federación Rusa y las demás Repúblicas que surgieron después del desmembramiento de la Unión Soviética.

En efecto, la adopción de las Constituciones referidas se lleva a cabo en distintos momentos de la transformación del Estado liberal, en el siglo XIX, del Estado social, en las dos postguerras europeas del siglo XX, y la nueva etapa del Estado democrático en el actual siglo XXI. En todo caso la periodificación no tiene una correspondencia estricta con los distintos tipos de derechos o con lo que comúnmente se conoce como 'generaciones' de derechos fundamentales o derechos humanos, sino que se produce una superposición entre unas y otras etapas y entre unos y otros derechos dependiendo del momento histórico y también del tipo de sociedad o del modelo social adoptado, siendo en este sentido paradigmáticos los modelos de democracia norteamericano y europeo¹⁴.

En todo caso debe advertirse del riesgo de la *constitucionalización* de todo el ordenamiento jurídico lo que supondría eliminar el necesario juego entre la norma constitucional y sus desarrollos legislativos. Precisamente, la extensión desorbitada de derechos como el de 'tutela judicial efectiva' o del 'juicio justo' en los términos que llevan a cabo el Tribunal Constitucional español o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría hacer irrelevante cualquier previsión legal del procedimiento judicial¹⁵.

Asimismo, conviene subrayar que la interpretación de los derechos fundamentales tiene sus propias características que la distinguen de la interpretación ordinaria; en el primer supuesto se trata de interpretar principios, mientras que el objeto de la segunda es la interpretación de reglas. De este modo la interpretación del juez de los derechos fundamentales está lejos de la tradicional técnica de la subsunción aplicable a las reglas cuando en realidad se

14 Antonio Enrique Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

15 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 315, se ha referido a las objeciones de la doctrina alemana a la '*iusfundamentalización* de todo el derecho' y a la 'expansión de los derechos fundamentales' «que encerraría en sí misma el peligro de una excesiva expansión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal».

trata de principios cuya aplicación requiere una ponderación que tenga en cuenta técnicas específicas (análisis de las características del caso concreto, colisión de valores y proporcionalidad); pero es que, además, al ser la clave de toda interpretación *iusfundamental* el proceso de 'ponderación', el examen de los derechos fundamentales en la actualidad exige esencialmente un análisis de la jurisprudencia elaborada en torno a esos derechos; por esa razón debe tenerse en cuenta que «más que ningún otro sector del ordenamiento, los derechos fundamentales constituyen un auténtico 'derecho jurisprudencial'»¹⁶. Será preciso, por tanto, un examen de la interpretación ofrecida por los distintos Tribunales Constitucionales o Supremos o, en su caso, de aquellos que cumplen prácticamente las mismas funciones como es el caso de los Tribunales internacionales y supranacionales a los que se les atribuyen competencias en materia de protección de derechos fundamentales.

1.2 La protección judicial de los derechos fundamentales frente al Estado y frente a los particulares: la 'publicación' de los derechos

Un fenómeno complementario de la *constitucionalización* de los derechos fundamentales es visible precisamente por el extraordinario alcance que han tenido no solo en el ámbito del Derecho público y de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también en el mismo ámbito del Derecho privado, es decir, cuando las relaciones jurídicas a las que se aplican se producen únicamente entre particulares¹⁷. Este fenómeno de la publicación del Derecho es apreciable hoy en día cuando sectores del ordenamiento que tradicionalmente constituían un ámbito

16 Sobre las diferencias de interpretación de reglas y principios y, por tanto, sobre las particularidades de la interpretación de los derechos fundamentales, remitimos a Luis M^o Díez-Picazo Giménez, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 39 a 49.

17 Véase, por todos, el estudio dirigido por Hermógenes Acosta y José Machado, *Constitucionalización del proceso civil*, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Santo Domingo, 2005.

del Derecho privado como las relaciones entre el empleador y el trabajador, o del consumidor y el vendedor, han sido sometidas a un régimen especial de normas imperativas y protectoras de la parte más débil.

Vinculado a esta cuestión se plantea el problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, su invocabilidad en las relaciones entre particulares. En este sentido, después de un análisis del constitucionalismo europeo y de su jurisprudencia en el último medio siglo, Auger Liñán ha considerado: «La lógica jurídica más elemental debe imponer, por tanto, junto al reconocimiento de los Derechos fundamentales como Derechos públicos subjetivos, la admisión de la eficacia horizontal del recurso de amparo como garantía jurídica y mecanismo protector de los mismos»¹⁸.

Por esa razón es habitual que se insista en la necesidad de trazar nuevas líneas de separación entre lo que es el Derecho público y el Derecho privado. Ahora bien, en sentido contrario se ha considerado que la vieja delimitación de los 'derechos civiles' aplicada a los efectos de sujeción a las garantías judiciales del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos resulta desbordada y afecta a gran número de derechos tradicionalmente vinculados al Derecho público¹⁹. El Tribunal Europeo ha elaborado una jurisprudencia de la que se deduce un nuevo concepto de Derecho civil; por esta razón y con el fin de permitir la aplicación más amplia del derecho a un proceso equitativo ha reiterado: «el concepto de 'derechos y obligaciones civiles' no debe interpretarse únicamente por referencia al Derecho interno del Estado demandante [por lo que] el artículo 6.1 se aplica independientemente del estatus de las partes, la naturaleza de la legislación que regula, el modo en que la controversia debe resolverse y el carácter de la

18 Clemente Auger Liñán, "El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas" en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial XI-2003, Madrid, 2004, p. 62.

19 Satvinder Singh Juss, "Constitutionalising Rights without a Constitution: the British Experience under Article 6 of the Human Rights Act 1998", *ob. cit.*, p. 60.

autoridad que tiene jurisdicción en la materia; es suficiente que el resultado del proceso resulte decisivo para derechos y obligaciones privadas»²⁰.

Un ejemplo muy significativo de esta cuestión se ha planteado en el Derecho de la Unión Europea y en la aplicación del derecho de igualdad entre trabajadores y trabajadoras tanto en las relaciones públicas como en las privadas. A tal efecto, el Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia constante conforme a la cual: «dado su carácter imperativo, la prohibición de discriminación entre trabajadores de uno y otro sexo se impone no sólo a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende también a todos los convenios que pretenden regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y a los contratos entre particulares»²¹.

Desde un punto de vista práctico se ha cuestionado no tanto la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares sino la efectividad de su control judicial. En el caso español la solución ha sido bien simple al referirse al recurso de amparo constitucional por violación de derechos fundamentales por los particulares dado que, como es preceptivo el previo recurso judicial, el problema no se plantea directamente sobre la eficacia de los derechos

20 TEDH, sentencia de 5 de octubre de 2000, Asociación APEH c. Hungría (recurso nº 32367/1996, § 34).

21 TJCE, sentencia de 15 de diciembre de 1994, Helmig y otros (C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Rec. p. I-5727, apartado 20). En el mismo sentido se expresa el Tribunal de la Unión Europea en su sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-236/92, Rec. p. I-2189, apartado 21): «los convenios colectivos deben, al igual que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, respetar el principio establecido por el artículo 119 del Tratado». También en la sentencia, de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, Rec. p. I-873, apartado 45), el Tribunal de Justicia puntualiza: «Ciertamente, en el tenor del artículo 141 CE, apartado 1, no hay nada que indique que esta disposición sólo sea aplicable a situaciones en las cuales los hombres y las mujeres trabajen para el mismo empresario. El principio establecido por este artículo puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público (véanse, en especial, las sentencias del 8 de abril de 1976, Defrenne II, 43/75, Rec. p.455, apartado 40, y del 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros, C-320/00, Rec. p. I-7325, apartado 17)».

entre los particulares sino la violación por omisión del órgano judicial ordinario que, en el caso de que así se demuestre, no ha protegido adecuadamente tales derechos; de modo que el recurso de amparo constitucional se dirigirá propiamente frente a la actuación del juez ordinario que ignora, violando la Constitución, la efectividad de los derechos fundamentales invocados entre particulares²².

Por lo demás, tal como ha recordado García Murcia en relación con el amparo constitucional de los derechos fundamentales frente a los particulares, la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado es innegable dada la existencia de cauces jurisdiccionales de protección en el ámbito civil, mercantil o laboral, pero también porque algunos de los derechos fundamentales, como la libertad sindical, el derecho de huelga, la intimidad o el derecho al honor, «sólo pueden encontrar su plenitud si son proyectados sobre la totalidad de las relaciones sociales, incluidas las de carácter privado»²³.

En el mismo sentido Silvestri ha apuntado: «la concepción moderna de los derechos fundamentales, como situaciones jurídicas que forman parte de un modo integral y unilateral del patrimonio jurídico de los individuos, considerados bien singularmente o como pertenecientes a cualesquiera formación social, excluye un desdoblamiento cualitativo de la tutela en función de que un interés merezca la tutela sólo en la medida en que se dirija al Estado pero no respecto de todos los demás terceros»²⁴.

22 Francisco Velasco Caballero, "Articulación de las jurisdicciones constitucional y judicial ante lesiones de derechos fundamentales originadas por particulares", en Carles Viver Pi-Sunyer (coord.), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 393-446.

23 Joaquín García Murcia, "Sobre la revisión en amparo de actos de particulares (art. 44 LOTC)", en *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y BOE, Madrid, 2001, pp. 728-729.

24 Gaetano Silvestri, "Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali", *Quaderni costituzionali, Rivista Italiana di Diritto Costituzionale* n° 1/2006, marzo de 2006, p. 21.

1.3 Las generaciones de los derechos fundamentales y su protección judicial efectiva

La consagración constitucional de los derechos fundamentales ha seguido una evolución gradual que de manera muy significativa se revela en el mismo ámbito internacional: primero se consagran y protegen los derechos civiles y políticos; y, luego, se inicia un proceso mucho más lento y aun no culminado de protección judicial de los derechos sociales, económicos y culturales. En efecto, la *constitucionalización* de los derechos civiles y políticos se acompaña por lo general de procedimientos ordinarios o específicos de control judicial; en cambio, respecto de todos o de gran parte de los derechos sociales, económicos y culturales su consagración constitucional tiene una menor intensidad o se le reconoce un distinto alcance en su protección judicial. De este modo resulta visible prácticamente en todas las Constituciones la diferencia otorgada a los distintos tipos de derechos fundamentales.

Desde un punto de vista histórico se puede comprobar que las Constituciones liberales, de finales del XVIII y del siglo XIX, consagraron un elenco de derechos fundamentales relativos al estatuto del ciudadano y protegieron el núcleo de los denominados derechos civiles y políticos. Ciertamente, esta proclamación no fue uniforme ni definitiva sino que estuvo sometida a una evolución que ni siquiera puede decirse que haya concluido en nuestros días particularmente después de haber superado un siglo XX caracterizado, en términos generales, por el desprecio más absoluto de estos derechos.

Ahora bien, puede concluirse que, sin perjuicio de los debates ideológicos mantenidos, nadie duda de la fundamentalidad de tales derechos civiles y políticos. El ejemplo más significativo de la consagración de estos derechos fundamentales de lo que se ha denominado Estado liberal de Derecho lo constituye la ratificación de los 10 Artículos que se añadieron en 1791 como Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y que

han sido completadas en el siglo XIX y XX por sucesivas Enmiendas constitucionales.

Pero también el artículo 4 de la Constitución española, adoptada por las Cortes de Cádiz el 19 de marzo de 1812, es un ejemplo elocuente de la consagración constitucional y en cada época de un determinado tipo de derechos fundamentales al disponer: «La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Los movimientos obreros del siglo XIX y las revoluciones mexicana y soviética de principios del siglo XX supusieron la asunción de nuevos derechos fundamentales de carácter económico y social que cristalizaron en las Constituciones europeas y americanas, principalmente en el período de entreguerras. En estas Constituciones se consagraron nuevos derechos fundamentales de inspiración netamente social.

Uno de los ejemplos más conocidos es el de la Constitución de la República española del 9 de diciembre de 1931 cuyo artículo 1.1 establecía: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia». La Constitución republicana española dedicaba el título III a los derechos y deberes de los españoles, cuyo capítulo I regulaba las «Garantías individuales y políticas» y donde se reconocían derechos fundamentales tradicionales pero también el derecho a la libre sindicación (artículo 29); mientras que el capítulo II se titulaba «Familia, economía y cultura» y abordaba cuestiones relativas a las condiciones laborales (artículo 46), así como otras relacionadas con la asistencia a los enfermos y ancianos, la protección de la maternidad y la infancia, etc.

Pero es, sobre todo, en las Constituciones europeas adoptadas al final de la Segunda Guerra Mundial, cuyos ejemplos más paradigmáticos son la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental

de Bonn de 1949, donde se amplía significativamente el catálogo de los derechos fundamentales consagrados, expresamente los clásicos civiles y políticos, y en el caso italiano también los derechos y deberes de los ciudadanos en las relaciones ético-sociales y económicas. En el caso de la Constitución de la República Federal Alemana y por razones históricas no se consagraron expresamente los derechos sociales a pesar de que Alemania ha sido en Europa el paradigma del Estado social. A partir de proclamaciones de raíz socialdemócrata y socialcristiana, estas constituciones italiana y alemana han impulsado e inspirado una importante labor legislativa que ha cristalizado en la consolidación de un amplio elenco de derechos sociales con rango si no constitucional al menos cuasi-constitucional.

Con posterioridad y como una extensión de tal movimiento constitucional, las Constituciones italiana, alemana y francesa influyen en las Constituciones adoptadas en los procesos de democratización llevados a cabo en el Sur de Europa, principalmente en Portugal (1976) y en España (1978). Y así en los años 90 se produce la nueva ola de Constituciones democráticas surgidas en la transformación de los países comunistas de Europa central y oriental en democracias al estilo occidental. En estas nuevas Constituciones se incorporan nuevos derechos y principios relativos a la protección del medio ambiente, de los consumidores, protección de datos personales, etc.

Prácticamente en los mismos términos se aprecia en el ámbito de la cooperación internacional especialmente en la época de las Naciones Unidas, como veremos a continuación, una progresiva asunción de las sucesivas generaciones de los derechos humanos. Carrillo Salcedo explica esta evolución de la protección internacional de los derechos humanos a partir de 1945 en estos términos: los *derechos humanos de primera generación* serían los derechos civiles y políticos de los Estados occidentales; los *derechos de segunda generación* serían aquellos derechos económicos y sociales más defendidos por los Estados del bloque socialista;

y los *derechos de tercera generación* serían los más apreciados por los Estados surgidos de la descolonización que mostraron su interés por derechos colectivos (libre determinación, soberanía permanente sobre los recursos y riquezas naturales, derecho al desarrollo, etc.)²⁵. Obviamente, las clasificaciones que se hagan desde un punto de vista político o doctrinal apenas tienen otra trascendencia que la meramente taxonómica y, de hecho, en las más recientes consagraciones constitucionales se procura poner de manifiesto la ‘indivisibilidad’ de los derechos fundamentales y, sin perjuicio, claro está, de los efectos que tenga el desarrollo institucional, económico y social de los poderes públicos especialmente en aquellos derechos fundamentales de prestación. Con total realismo, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales y a su ‘desarrollo progresivo’ en estos términos:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

No obstante, en cada Constitución se puede observar una clara elección o preferencia de los derechos fundamentales que responden al momento histórico de adopción y al tipo de sociedad que se propugna. Así, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, resultado del consenso entre las fuerzas conservadoras y progresistas que hicieron posible una transición pacífica a la democracia desde un régimen dictatorial, la caracterización de

25 Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 77-78.

los distintos derechos fundamentales y su grado de protección refleja, sin duda, este equilibrio.

De este modo, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución, no es un derecho susceptible de amparo constitucional. En cambio, el derecho a la educación del artículo 27 o la libertad sindical y el derecho a la huelga del artículo 28 son derechos con el grado máximo de protección judicial. Asimismo, se recogen en la Constitución española de 1978 como simples 'principios rectores de la política social y económica' y por tanto se les confiere una eficacia constitucional debilitada los nuevos derechos de los consumidores, los derechos relacionados con la salud y el medio ambiente, etc.

Estas diferencias en la consagración constitucional de los derechos fundamentales pueden producir, en cierto modo, incongruencias, dado que en otros ámbitos, como el europeo, el elenco de derechos reconocidos y protegidos no coincide necesariamente con el catálogo constitucional. Tal es el caso significativo respecto del artículo 1 del Protocolo adicional del Convenio Europeo que consagra el derecho de propiedad y que, sin embargo y tal como hemos visto, no dispone de una protección de amparo constitucional ante los tribunales españoles. También es elocuente la interpretación extensiva que hace el Tribunal Europeo del derecho a la vida privada y familiar que está consagrado en términos tradicionales por el Convenio Europeo y sin que de su tenor literal pueda deducirse un derecho al medio ambiente o tener, como ha reconocido el Tribunal Europeo, una dimensión medioambiental; en cambio, el 'derecho al medio ambiente' resulta muy debilitado en la Constitución española dado que sólo está formulado como principio rector de la política social y económica y hasta hace muy poco tiempo el Tribunal Constitucional español no había conseguido elaborar una jurisprudencia en sintonía con los importantes desarrollos de la jurisprudencia europea.

Ahora bien, ha de reiterarse que, sin perjuicio de las vías especiales de protección o de la mayor garantía judicial a la que se sometan los distintos derechos fundamentales, la simple proclamación y consagración de un derecho en la Constitución le otorga precisamente la fuerza de la propia Constitución, de tal modo que todos los derechos consagrados en la Constitución son derechos fundamentales y forman un todo continuo e indivisible que debe ser interpretado y desarrollado por los Tribunales, constitucionales y ordinarios.

CAPÍTULO 2. La protección judicial de los derechos fundamentales y los modelos de protección: del juez legal al juez constitucional

David Ordóñez Solís

Al mismo tiempo que en la segunda mitad del siglo XX la Constitución ocupaba el lugar preeminente del ordenamiento jurídico, los jueces adquirían un protagonismo inusitado en la vida pública de las sociedades contemporáneas. En este sentido se ha sostenido que si el siglo XIX es el siglo de los parlamentos, en la primera mitad del siglo XX este lugar lo ocupan los ejecutivos y en la segunda mitad del siglo XX son los jueces los protagonistas²⁶.

Esta evolución ha supuesto un cambio conceptual o de paradigma de extraordinarios efectos que en determinados países todavía no ha sido completamente asimilado: se ha producido una transición del juez legal al juez constitucional. En efecto, si en algunos casos, como ocurrió en los Estados Unidos de América, se ha tenido una historia y una tradición especiales así como todo el siglo XIX para asumir esta revolución, en otros países, principalmente europeos,

26 David Ordóñez Solís, *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una sociedad democrática*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 31-75.

los cambios se producen en un corto período de tiempo como revela la experiencia italiana y alemana después de la segunda guerra mundial, o los supuestos de dos países del sur de Europa, como Portugal y España, cuando en 1976 y en 1978 adoptan sendas constituciones democráticas; o, incluso, en las transiciones a la democracia de los países de Europa central y oriental, una vez que en 1989 se desplomó el Muro de Berlín. Ahora bien, paradójicamente la revolución que supone el tránsito de un juez legal a un juez constitucional no ha concluido por motivos bien distintos principalmente en dos países con una historia constitucional de especial significado: el Reino Unido y Francia.

En todos los casos, sin embargo, se ha producido una convergencia entre el modelo judicial norteamericano, representado por la extraordinaria labor desarrollada por su Tribunal Supremo federal, y los modelos judiciales europeos que, con la significativa excepción del Reino Unido, se han dotado de Tribunales o Consejos Constitucionales a los que se les ha conferido el poder de interpretar la Constitución; e incluso en algunos de estos países, como Alemania o España, se les han atribuido a los mismos Tribunales Constitucionales poderes de garantía especial de determinados derechos fundamentales.

La *justiciabilidad* de los derechos fundamentales exige en todo caso la habilitación de procedimientos judiciales de protección. Los convenios internacionales de protección de los derechos humanos han estado especialmente atentos a este aspecto. Así, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra este 'derecho a un recurso efectivo':

"Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

Y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es aún más generoso al consagrar el mismo derecho con el tenor siguiente:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

Nótese que en el Convenio Europeo el recurso efectivo se refiere a los derechos consagrados, mientras que la Convención Americana reconoce el derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de los derechos reconocidos por la Convención, por la Constitución o por la ley.

En fin, las Constituciones nacionales, de un modo o de otro, han consagrado un derecho a la tutela judicial efectiva, cuyos ejemplos más significativos son en Alemania el artículo 101.1 de la Ley Fundamental de Bonn -conforme al cual ‘Nadie podrá ser sustraído a su juez legal’- y en España el artículo 24 de la Constitución de 1978. El artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 dispone:

“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”.

En definitiva, la consagración de los derechos fundamentales por las Constituciones y por los Convenios internacionales se acompaña inexcusablemente del reconocimiento de un derecho a la tutela judicial efectiva de modo que «cualquier sistema constitucional, escrito o no escrito, tiene que confiar en sus jueces la protección de los derechos fundamentales»²⁷.

27 Satvinder Singh Juss, “Constitutionalising Rights without a Constitution: the British Experience under Article 6 of the Human Rights Act 1998”, *ob. cit.*, p. 59.

Por eso interesa examinar los elementos más característicos de los distintos sistemas constitucionales y de los procedimientos judiciales en la protección de los derechos fundamentales. A tal efecto, después de hacer una breve referencia al carácter innovador que supuso el sistema constitucional federal norteamericano de control difuso de la constitucionalidad -'judicial review'- desarrollado en los siglos XIX y XX, se examinan las experiencias europeas de control de constitucionalidad concentrado vividas en la segunda mitad del siglo XX en Italia, Alemania, Francia y España; y también se expone la crisis 'constitucional' que ha supuesto en un país como el Reino Unido, tan ajeno a las evoluciones jurídicas continentales, la asunción de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Derecho de la Unión Europea. Obviamente, el control de constitucionalidad sea difuso o concentrado incluye la protección de los derechos fundamentales como parte esencial de las distintas Constituciones y, en algunos supuestos, ofrece vías de protección adicionales al simple control de constitucionalidad mediante recursos directos, a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en algunos sistemas se atribuye a los jueces ordinarios (Alemania, Italia o España) y a través de un procedimiento especial de amparo constitucional (Alemania y España)²⁸.

El objetivo en este caso es poner de manifiesto cómo se articula el control de constitucionalidad que ejerce en los distintos países un Tribunal Constitucional, con la protección de los derechos fundamentales, hasta el punto de que en algunos supuestos, Alemania y España, se ha establecido un procedimiento especial de amparo constitucional ante la jurisdicción constitucional. O, precisamente, conviene subrayar qué consecuencias tiene la falta de mecanismos específicos de control de constitucionalidad respecto de

28 Michel Fromont, "La diversité de la justice constitutionnelle en Europe", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 9, Madrid (2005), pp. 89-103, ha puesto de manifiesto la gran variedad de modelos que gira en torno, por una parte, al grado de *abstracción* y, por otra, al grado de *concreción* de la justicia constitucional en cada uno de los países europeos.

una Constitución no escrita, como ocurre en el Reino Unido, y en relación con los efectos de ordenamientos supranacionales sometidos a un innegable proceso de constitucionalización.

2.1 El modelo estadounidense de supremacía de la Constitución y la protección judicial de los derechos fundamentales

El Derecho de los Estados Unidos de América se basa en el valor supremo de la Constitución federal de modo que los poderes del Estado actúan en equilibrio y en igualdad de condiciones, quedando sometidos –el legislativo, el ejecutivo y el judicial– únicamente a la Constitución²⁹. Así lo comprendió Alexis de Tocqueville que ya en la primera mitad del siglo XIX se preguntaba por la diferencia entre el poder judicial norteamericano y el poder de los jueces europeos llegando a la conclusión siguiente:

“Este solo hecho es la causa: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales.

Sé que este derecho ha sido a veces reclamado por los tribunales de otros países; pero jamás se les ha concedido. En América, está reconocido por todos los poderes; no hay partido, ni hombre siquiera, que se lo discuta.

La explicación a ello ha de buscarse en el principio mismo de las Constituciones americanas³⁰.

29 Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 106, explica la justificación de la superioridad de la Constitución sobre las leyes en los Estados Unidos de América con estos términos: «el ejercicio democrático del poder constituyente nació desde el inicio, en esa realidad, en sentido limitativo, con la finalidad de oponer una ley superior a la ley de un poder constituido –el parlamento inglés– que se había salido de los confines de su legítima jurisdicción».

30 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, trad. D. Sánchez de Aleu, RBA, Barcelona, 2005, I, 1ª parte, cap. 6, p. 104.

La clave de este sistema judicial de control consiste, básicamente, en que cualquier juez tiene el poder de dejar de aplicar una ley o cualquier otra norma a un caso particular o también se reconoce la potestad judicial de interpretar el Derecho de conformidad con la Constitución y, consecuentemente, de los derechos fundamentales proclamados por la misma en diez Enmiendas, adoptadas en 1791 y de las que se han añadido con posterioridad.

El mismo Alexander Hamilton explicaba en el nº 78 de *El Federalista* [28 de mayo de 1788] la nueva concepción política que tan importantes consecuencias jurídicas ha tenido en los términos establecidos bien pronto, durante los primeros años del siglo XIX, por el Tribunal Supremo norteamericano, presidido por John Marshall:

“Ninguna proposición se basa en principios más claros que la que sostiene que todo acto de una autoridad delegada contraria al tenor del mandato por el que dicha autoridad se ejerce es inválido. Por consiguiente, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante; que el servidor se halla por encima de su amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; que hombres que actúan en virtud de unas competencias pueden no sólo hacer lo que dichas competencias no autorizan, sino lo que éstas prohíben”³¹.

Al origen y fundamento de este sistema de control judicial norteamericano se ha referido Aja Fernández del modo siguiente:

“el marco general favorable al control judicial de las leyes en Estados Unidos residía en la existencia de un sistema constitucional liberal, basado en una Constitución rígida, lo que no existió en la mayoría de Estados europeos

31 *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Selección e introducción de Ignacio Sánchez-Cuenca y Pablo Lledó, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 198-199.

durante buena parte del siglo XIX, pero contaba además con un sistema jurídico, el *Common Law*, predispuesto a un examen de la adecuación de las leyes a las normas tradicionales y con una estructura federal, que favorecía la decisión judicial sobre las leyes por los frecuentes casos de contradicción entre las leyes estatales y las federales. Pero la causa más determinante de la creación de la Justicia constitucional se encuentra en el sistema jurídico de las colonias americanas, inmediatamente anterior a la independencia [...] los Jueces no aplicaban la ley americana cuando contenía alguna norma contraria a la ley inglesa. Tras la independencia, la sustitución de los Estatutos ingleses por Constituciones propias de los nuevos Estados mantuvo la dialéctica de controlar la adecuación de las leyes a la Constitución en las manos de los Jueces, función que Hamilton incluso había propuesto incluir en la Constitución³².

Sobre el significado y el sentido que supone la consagración de un catálogo de derechos fundamentales, un *Bill of Rights*, en la Constitución federal norteamericana, añadido en 1791 como exigencia de los contrarios a la propia Constitución de 1787³³, es probablemente mayoritario el análisis aportado por el propio Tribunal Supremo que, a través del juez Jackson y en la sentencia *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943), considera:

“el auténtico propósito del *Bill of Rights* fue apartar ciertas materias de las vicisitudes de la controversia política, situarlas más allá del alcance de las mayorías y autoridades y fijarlas como principios legales aplicables por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, a la libertad de palabra, de prensa, de culto y de reunión y otros derechos fundamentales no pueden

32 Eliseo Aja Fernández, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, pp. XI-XII.

33 Véanse las críticas en el documento antifederalista “Brutus 2” [1 de noviembre de 1787], recogido en *Artículos federalistas y antifederalistas*, ob. cit., pp. 230-238.

estar sujetos a votación; no dependen del resultado de ninguna elección³⁴.

En cualquier caso, prácticamente la historia del Tribunal Supremo norteamericano está marcada por la interpretación de los derechos consagrados en la Constitución y, con mayor o menor fortuna, las decisiones judiciales han influido decisivamente en la historia de los Estados Unidos³⁵. Precisamente la última época del Tribunal Supremo norteamericano, a partir de 1937, se ha caracterizado «por el desplazamiento del centro de interés [del Tribunal Supremo] hacia los derechos civiles [siendo] el aspecto más sobresaliente de la jurisprudencia de este período [l]a eclosión de la cláusula de *equal protection*»³⁶.

En nuestros días y aun reconociendo la grandeza del modelo judicial norteamericano, su propia evolución y el carácter supremo de su Tribunal Federal parecen haber encontrado un obstáculo por la propia incapacidad de trascender hacia el exterior y de negarse a internacionalizar precisamente su protección judicial³⁷. Asimismo, se han levantado especiales críticas al sistema norteamericano de control judicial y, en este sentido, a juicio de Waldron: «*El control judicial basado en los derechos fundamentales no resulta*

34 Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Garrigues Cátedra y Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 116.

35 Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

36 Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, ob. cit., p. 31; la etapas anteriores cubrirían, en primer lugar, el período comprendido entre 1789 y la Guerra Civil norteamericana cuando el Tribunal Supremo dirigió sus esfuerzos a construir 'una Unión más perfecta'; mientras que el segundo período se iniciaría al final de la Guerra Civil en 1865 y durara hasta 1937, siendo la principal preocupación del Tribunal Supremo la 'reconstrucción' y la 'amenazante figura del Estado interventor', que terminaría con la crisis del *New Deal*.

37 Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, ob. cit., p. 233, recuerda cómo los Estados Unidos no son parte en los dos Pactos de las Naciones Unidas en materia de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales; a lo que habría que añadir la negativa e incluso militante oposición de los Estados Unidos a ser parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por el Convenio de Roma de 17 de julio de 1998.

apropiado para sociedades razonablemente democráticas cuyo principal problema no es que sus instituciones legislativas tengan disfunciones sino que sus miembros no están de acuerdo sobre tales derechos fundamentales»³⁸.

2.2 El modelo europeo de supremacía de la ley y sus transformaciones: el control de constitucionalidad y la garantía judicial de los derechos fundamentales

El modelo europeo de control de constitucionalidad surgió en la Europa de entreguerras del siglo pasado, años 20 y 30, y se concretó efectivamente durante la segunda mitad del siglo XX. Aun cuando presenta su propia originalidad no deja de tener presente la experiencia norteamericana. En efecto, el punto de partida es bien distinto del modelo norteamericano pues, como ha observado Prieto Sanchís:

“si cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces. Ni Kelsen ni la Constitución austriaca de 1920 llegaron a concebir una norma generadora de derechos y obligaciones capaces de imponerse al legislador mediante una garantía judicial; la ley es el horizonte normativo máximo tanto para los jueces como para los ciudadanos, pues la Constitución opera en otro plano, en el plano «interno» de los órganos estatales y su garantía corresponde a un legislador especial, ajeno a las consideraciones políticas o discrecionales propias del Parlamento y ajeno también a la protección de derechos o intereses concretos”³⁹.

38 Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* vol. 115, 2006, p. 1406.

39 Luis Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa* nº 23, 2000, pp. 171-172.

No obstante, si el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional extiende sus poderes, fundamentalmente, al control concentrado de constitucionalidad de las leyes, el sistema europeo incorporó nuevos espacios jurisdiccionales bien presentes en el modelo judicial de los Estados Unidos: la 'jurisdicción de conflictos', especialmente en los ordenamientos federales -como Alemania- y regionales -en Italia y en España-, y la 'jurisdicción de la libertad' encargándose también algunos de los tribunales constitucionales como el alemán o el español de amparar determinados derechos fundamentales⁴⁰.

Por lo que se refiere al recurso específico de amparo de determinados derechos fundamentales ante los Tribunales Constitucionales, tiene carácter excepcional y en todo caso es subsidiario de la garantía de los derechos fundamentales que corresponde a los tribunales ordinarios; por eso se ha subrayado en relación precisamente con el recurso de amparo constitucional en España que «el amparo exige por su naturaleza una justicia constitucional al menos parcialmente difusa»⁴¹. De tal modo que los jueces ordinarios son, también y especialmente en cuanto se refiere a la protección de los derechos fundamentales, 'jueces constitucionales'⁴².

Este modelo europeo de control de constitucionalidad, en el que al lado de los Tribunales ordinarios se establece una nueva jurisdicción constitucional a la que se le encomienda no solo el examen de la constitucionalidad de las leyes sino también el amparo jurisdiccional de determinados derechos fundamentales a través de un recurso específico o mediante la cuestión planteada por los jueces, ha producido importantes conflictos entre el nuevo Tribunal Constitucional y los respectivos Tribunales Supremos. Así

40 Francisco Caamaño y Ángel Gómez Montoro, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, 2ª edición, Madrid, 2000, p. 17.

41 Manuel Martínez Sospedra, "Camino del colapso. Notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional y su reforma", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de València, nº 47, 2004, p. 71.

42 Pablo Pérez Trepms, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 190-191.

lo revela la experiencia italiana de los años 50 del siglo XX cuando se desata la guerra entre las dos Cortes (*'la guerra fra le due Corti'*); y también se aprecia en España a la vista de los enfrentamientos que han tenido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

No obstante, en Europa se han desarrollado dos particularidades del modelo de control de constitucionalidad concentrado: en virtud de la primera la justicia constitucional se limita única y exclusivamente y además con carácter preventivo al control de constitucionalidad de las leyes, cuyo ejemplo más significativo fue hasta hace poco el francés; y la otra justicia constitucional se caracteriza por tener como misión controlar la constitucionalidad de las leyes a través de un recurso de inconstitucionalidad ejerciendo un control abstracto, que se completa con la potestad de los jueces de formular cuestiones sobre la constitucionalidad de las leyes que sean aplicables al caso enjuiciado; y a los que también se añade la garantía judicial específica de determinados derechos fundamentales, como ha ocurrido con los sistemas alemán, italiano -donde no existe recurso de amparo constitucional- y español. En todo caso y tal como ha recordado Eliseo Aja «la protección de los derechos ciudadanos por los Tribunales Constitucionales también se manifiesta en los países donde no existe el amparo» (como es el caso notorio de Italia o Francia)⁴³.

2.2.1 *El control de constitucionalidad y la protección reforzada de los derechos fundamentales por los Tribunales constitucionales: el ejemplo alemán y las experiencias italiana y española*

Una examen superficial de la historia europea del siglo XX demuestra que las sociedades que, después de una experiencia trágica, superan regímenes totalitarios como el nazismo, el fascismo o el comunismo, se preocupan por erigir una protección efectiva de

43 Eliseo Aja Fernández, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, ob. cit., p. XXVIII.

los derechos fundamentales y para ello crean Tribunales Constitucionales, a los que incluso en algunos supuestos les encomiendan la protección reforzada de determinados derechos esenciales de la Constitución, y establecen un sistema judicial de protección y garantía de los derechos fundamentales.

El sistema de control de constitucionalidad italiano cuenta con un procedimiento, la cuestión de inconstitucionalidad ('*questione di legittimità costituzionale di una legge*'), a través del cual el juez ordinario y respecto de un supuesto concreto puede cuestionar ante la *Corte Costituzionale* la interpretación de una ley haciendo valer, por ejemplo, el contenido y el alcance de un derecho consagrado constitucionalmente.

El sistema alemán de protección de los derechos fundamentales ofrece dos perfiles bien diferentes en la Constitución de Weimar y en la Ley Fundamental de Bonn; obviamente, la dramática experiencia nazi y la influencia norteamericana en la nueva República Federal de Alemania se dejaron sentir y así lo constató en 1959 Bachof para quien en los años 20 «los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley»; bajo la aplicación de la nueva Constitución alemana de 1949, «las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales [consagrados constitucionalmente]»⁴⁴.

Si bien en la Alemania occidental los Aliados no obligaron a introducir un control de constitucionalidad de las leyes, en cambio exigieron que el nuevo Estado adoptase una estructura federal, que incorporase un *Bill of Rights* y que introdujese garantías de independencia del poder judicial. De algún modo el sistema resultante

44 Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 41; el profesor alemán recuerda que son menos los derechos fundamentales consagrados ahora bajo el régimen de la Ley Fundamental de Bonn que en la propia Constitución de Weimar, aunque la diferencia fuera abismal entre uno y otro sistema constitucional.

tiene indudables reflejos y revela directamente la influencia ejercida por el modelo del Tribunal Supremo norteamericano⁴⁵.

El catálogo de los derechos consagrados por la Constitución de la República Federal Alemana en 1949 se recoge en términos muy significativos en el Título I (arts. 1 a 19) y ya en el artículo 1.3 se establece que «vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable». El elenco de estos derechos incluye la Libertad de acción, libertad de la persona, la igualdad ante la ley, la libertad de creencia, de conciencia y de confesión, la libertad de opinión, los derechos relacionados con el matrimonio y familia, el sistema escolar, la libertad de reunión y de asociación, el secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, la libertad de circulación y de residencia, la libertad de profesión, la prohibición del trabajo forzado, el servicio militar y civil obligatorio, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad, el derecho a la herencia y expropiación, la dimensión social del derecho de propiedad, los derechos relacionados con la nacionalidad, extradición y extranjería y el derecho de asilo, así como el derecho de petición.

El recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) es precisamente una de las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional federal alemán y lo puede interponer, entre otros, «toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104»; es decir, fuera de los derechos fundamentales contenidos y regulados en los artículo 1 a 19, se establece un procedimiento judicial de protección respecto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 101) así como otras garantías judiciales frente a las sanciones penales (art. 103) y en favor de la libertad personal (art. 104). Desde el punto de vista procedimental y en los términos que establece el artículo 93.2 de

45 Así lo recuerda Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, ob. cit., p. 36, que también puntualiza que en Japón se impuso el sistema norteamericano de *judicial review*.

la Constitución alemana refiriéndose a la Corte Constitucional Federal: «Una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión».

En Italia la Constitución de 27 de diciembre de 1947 establece los principios y los derechos fundamentales agrupándolos en torno a los principios fundamentales (arts. 1 a 12); así como los derechos y deberes del ciudadano en su relaciones civiles, ético-sociales, económicas y políticas (arts. 13 a 54). Si bien en el Derecho italiano no existe un recurso de amparo, la *Corte Costituzionale* ha elaborado su jurisprudencia fundamentalmente a través de la vía incidental, la cuestión de legitimidad constitucional, remitida por los jueces ordinarios en el ámbito de un proceso⁴⁶.

El otro ejemplo de vía especial de protección de los derechos fundamentales lo constituye el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español. Se trata de un procedimiento que históricamente tiene su plasmación inicial en el constitucionalismo mexicano como consecuencia, a su vez, de influencias norteamericana y española⁴⁷.

En España fue la Constitución republicana de 1931 la que consagró el recurso de amparo como una competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales. El artículo 121.b) de la Constitución de la Segunda República española atribuía a este Tribunal no solo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes sino también «el recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades». Sin embargo,

46 Roberto Romboli, "Italia", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, p. 92.

47 Héctor Fix-Zamudio, "Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España", en *La democracia constitucional*, Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, CEPC, Madrid, 2002, tomo II, pp. 1557-1613.

apenas hubo tiempo de poner en marcha este nuevo procedimiento al haber quedado abortado con el estallido de la Guerra Civil española (1936-1939).

Después de la dictadura franquista (1939-1975) –en cuyas Leyes Fundamentales se consagraron nominalmente pintorescos procedimientos de protección de unas inexistentes libertades y derechos–, la Constitución de 1978 estableció el recurso de amparo constitucional respondiendo, de este modo, a la especial sensibilidad que en un momento de transición de una dictadura a la democracia suponía la cuestión de la protección de los derechos fundamentales. Por esa razón, a los derechos en la Constitución se les dedica la parte quizás más relevante y amplia. Ahora bien, la clave de la protección judicial de los derechos fundamentales en España se explica a la vista de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución de 1978 donde se distinguen, sustancialmente y en función de sus procedimientos de garantía y de interpretación, tres tipos de derechos fundamentales.

En efecto, el tenor del artículo 53 de la Constitución española de 1978 es el siguiente:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1 a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Si ordenamos las previsiones constitucionales resulta que en 1978 se establece en el Derecho constitucional español un primer tipo de derechos fundamentales a los que se les aplica en virtud del artículo 53.2 un régimen reforzado de garantías judiciales de determinados derechos fundamentales: son los derechos consagrados en los artículos 14 a 30. La clave de la protección judicial de estos derechos consiste en que, de manera especial, son susceptibles de ‘recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional’. Para estos derechos fundamentales la Constitución también exige un procedimiento judicial especial caracterizado por los ‘principios de preferencia y sumariedad’ ante los tribunales ordinarios. En todo caso estos derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y están protegidos por la reserva de ley.

Asimismo, en segundo lugar, los otros derechos fundamentales, consagrados en los artículos 30 -con la excepción del derecho a la objeción de conciencia- a 38, se les reconoce el carácter vinculante para todos los poderes públicos, incluidos desde luego los tribunales, y también quedan sometidos a la reserva de ley. Se diferencian de los derechos susceptibles de amparo por un grado menor de protección judicial, al no aplicárseles el procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional y tampoco a estos derechos pueden invocarse en los procedimientos de protección especial ante los tribunales ordinarios.

Y en tercer lugar se establece una categoría residual de derechos constitucionales, -denominados ‘principios rectores de la política social y económica’, consagrados en los artículos 39 a 52 de la Constitución- que para su aplicación requieren la adopción de

una ley -la '*interpositio legislatoris*'-, aunque se les reconoce el carácter de informadores de 'la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos'.

Así pues, el recurso de amparo constitucional aumenta las competencias del Tribunal Constitucional estableciendo una vía especial de protección de los derechos fundamentales encomendada a lo que Otto Pardo denomina 'jurisdicción no judicial' «que se justifica por la desconfianza que suscitaba la judicatura española, tanto por su falta de preparación técnica en la materia cuanto por sus actitudes políticas»⁴⁸. En cualquier caso, la Constitución española de 1978 establece un sistema en virtud del cual el Tribunal Constitucional es garante *último* de los derechos fundamentales y es garante *exclusivo* de la sujeción del legislador a la Constitución⁴⁹.

2.2.2 Del control abstracto de constitucionalidad de las leyes a la cuestión prioritaria de constitucionalidad en Francia

El sistema de control de constitucionalidad de las leyes introducido en Francia en el marco de su Constitución de 1958 tiene prácticamente el mismo alcance que en los modelos alemán, italiano y español antes señalados al contar con un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad que solo a partir del 1 de marzo de 2010 fue completado con un procedimiento de control específico, la cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*, QPC).

En la Constitución francesa de 1958 no se recoge un verdadero catálogo de derechos fundamentales, salvo la consagración en su

48 Ignacio de Otto Pardo, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1988, p. 147; a lo que añade: «La inicial negativa del Tribunal Supremo a aceptar el valor jurídico de la Constitución, así como alguno de sus pronunciamientos, avalan generosamente la desconfianza que mostró el constituyente español al configurar la jurisdicción constitucional».

49 Francisco Rubio Llorente, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 53.

preámbulo de los principios políticos, económicos y sociales, así como la remisión a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, y al Preámbulo de la Constitución de 1946, en virtud de la doctrina del *Conseil constitutionnel* y a partir de 1971 «la protección de los derechos fundamentales aparece en el primer plano de las funciones de control de la constitucionalidad de las leyes»⁵⁰.

Ahora bien, mientras en los sistemas ya examinados se prevé que el control se realice a través del recurso de inconstitucionalidad y a través de la cuestión de inconstitucionalidad formulada por los jueces ordinarios, en cambio, en Francia el procedimiento de control de constitucionalidad es de carácter previo a la promulgación de la ley y hasta la reforma constitucional de 2008 fue la única vía abierta de impugnación de las leyes ante el *Conseil constitutionnel*.

Esta limitación del control de constitucionalidad en Francia estaba justificada particularmente en un país donde hasta hace bien poco ha sido un lugar común en su tradición política considerar la ley como manifestación de la voluntad general, lo que en el Derecho constitucional francés ha tenido y sigue teniendo unas consecuencias de extraordinario interés en cuanto se refiere a la aplicación judicial del ordenamiento jurídico. De este modo, una vez que ha pasado la oportunidad de someter al control de constitucionalidad una ley, ningún juez puede cuestionar su conformidad con la Constitución y está obligado a aplicar la ley en sus propios términos. Así pues, el *Conseil constitutionnel* francés tiene encomendada una función depuradora de la constitucionalidad de las leyes pero solo con carácter preventivo. Así lo ha subrayado Rubio Llorente:

50 Véase, por ejemplo, la *Décision* n° 2006-535 DC - de 30 de marzo de 2006, relativa a la Ley para la igualdad de oportunidades. Pierre Bon, "Francia" en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, p. 139.

“La jurisdicción constitucional no se construye allí [en Francia], como en la mayor parte de los Estados europeos, a partir de la idea de que la Constitución ha de ser aplicada por todos los jueces, para evitar que la actuación de estos produzca resultados imprevisibles y una inseguridad generalizada, sino sobre el supuesto implícito de que los jueces no han de aplicar nunca la Constitución, sino sólo la ley, que si ha de ser depurada, debe serlo antes de que llegue a sus manos [...] el juez ordinario no tiene ni la obligación ni el poder de examinar la conformidad entre Constitución y ley”⁵¹.

La reforma de 23 de julio de 2008 introduce la cuestión prioritaria de constitucionalidad que el Consejo de Estado o la Corte de Casación pueden plantearle al *Conseil constitutionnel* cuando se sostenga en un litigio seguido ante una jurisdicción que una disposición legislativa atenta contra los derechos y libertades garantizados por la Constitución francesa⁵². La Ley n° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, que fue examinada previamente por el Consejo constitucional, establece el procedimiento.

En todo caso, el sistema de control de constitucionalidad francés resultaba ya en cierto modo corregido, como ocurre en el Reino Unido, por la irrupción de los ordenamientos supranacionales: de un lado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y, de otro, el Derecho comunitario europeo. Por esta vía indirecta se ha apoderado a los jueces para controlar la ‘*conventionnalité*’ de las leyes lo que relativiza hasta cierto punto el monopolio de constitucionalidad del Consejo Constitucional⁵³.

51 Francisco Rubio Llorente, “Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 67, enero-abril de 2003, p. 56.

52 Louis Favoreau, “Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional”, *Fundamentos* n° 4/2006, pp. 263-274; Marc Guillaume, “La question prioritaire de constitutionnalité”, *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation*, 2010, pp. 279-309.

53 Héctor López Bofill, *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2003, p.

En suma y a pesar de las limitaciones de las funciones del *Conseil constitutionnel* se puede observar que ha pasado «de un control de la constitucionalidad ejercido sólo en interés de los poderes públicos, y en particular del Ejecutivo, a un control de la constitucionalidad ejercido también en interés de los ciudadanos»⁵⁴.

En sus primeros ocho años de funcionamiento, desde el 1 de marzo de 2010 hasta el 1 de marzo de 2018, el Consejo Constitucional francés ha conocido de 671 asuntos y se había pronunciado en 572 decisiones y, en realidad, ha supuesto una verdadera revolución en la protección de los derechos fundamentales⁵⁵.

2.2.3 La protección de los derechos fundamentales por el juez británico: la compatibilidad de las leyes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El sistema constitucional británico se ha logrado mantener al margen de las innovaciones jurisdiccionales introducidas durante el siglo XX en el continente europeo. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha resentido de esta falta de adaptación precisamente en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales y en cuanto se refiere a la integración supranacional. Si en el primer caso ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha puesto en evidencia las deficiencias del propio sistema ‘constitucional’ británico de protección de los derechos humanos; en el supuesto de la integración europea los propios jueces británicos han llegado a comprender la revolución que supone para su ordenamiento interno la participación en un proyecto supranacional como el de la Unión Europea.

219.

54 Pierre Bon, “Francia” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, ob. cit., p. 139.

55 Stéphanie Hennette-Vauchez, «...les droits et libertés que la constitution garantit » : *quiproquo* sur la QPC?, *La Revue des droits de l’homme* 10, 2016, disponible en <http://journals.openedition.org/revdh/2481> ; DOI : 10.4000/revdh.2481 (consultado el 13 de julio de 2018).

Los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia adoptada en Estrasburgo por el Tribunal Europeo han sido, sin lugar a dudas, revolucionarios; por esa razón se consideró la solución más apropiada para poner fin a las diferencias constatadas por el Tribunal de Estrasburgo la incorporación del Convenio Europeo mediante una ley del Parlamento británico, la *Human Rights Act* de 1998, que entró en vigor el 2 de octubre de 2000.

En primer lugar, la *Human Rights Act* británica establece el principio de interpretación, conforme con el Convenio Europeo y la jurisprudencia que lo desarrolla, de toda la legislación británica, por lo que «en la medida de lo posible, la legislación primaria y la legislación derivada deben interpretarse y aplicarse de tal modo que sea compatible con los derechos consagrados por el Convenio». De hecho, se atribuye a determinados tribunales británicos, de apelación o casación fundamentalmente, la potestad de declarar la incompatibilidad de la legislación británica con el Convenio Europeo. Sin embargo, esta obligación no afectará, como señala expresamente la Ley británica, a la validez ni a la aplicación de cualquier norma legal que se haya declarado incompatible. En todo caso y para el supuesto de que el tribunal competente pretenda ejercer la facultad de apreciar la compatibilidad entre el Convenio Europeo y la ley británica deberá notificarlo al ministro correspondiente que podrá ser parte en el proceso⁵⁶.

Asimismo y en segundo lugar, la Ley británica que incorpora al Derecho nacional el Convenio Europeo, declara la ilegalidad de cualquier actuación de los poderes públicos que sea contraria al Convenio. Por poderes públicos se entiende a un tribunal o a cualquier persona que ejerza funciones de naturaleza pública. Ciertamente, el límite de la ilegalidad por contradicción con el Convenio Europeo es, en sustancia, que de acuerdo con un acto

⁵⁶ Véanse, más detalles, en el estudio ya citado de Héctor López Bofill, *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*, p. 268.

legislativo la autoridad pública no haya podido actuar de otro modo -as the result of one or more provisions of primary legislation, *the authority could not have acted differently*-. De modo que, como ha recordado Bouazza Ariño, la transposición del Convenio Europeo al Derecho británico «promueve que ‘el lenguaje de los derechos humanos’ pase a formar parte del día a día de las instituciones británicas y, en concreto, del Gobierno y la Administración, los Tribunales y el Parlamento»⁵⁷.

Y prácticamente de manera revolucionaria se ha recibido en el Reino Unido la doctrina jurisprudencial elaborada en Luxemburgo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en sentencias bien paradigmáticas, como las recaídas en el *asunto Factortame*, han atribuido poderes de extraordinario alcance a los jueces británicos con el fin de asegurar la primacía, el efecto directo y la indemnización por daños sufridos por incumplimiento del Derecho comunitario europeo. En este sentido se ha subrayado cómo en el Reino Unido «legalmente y a principios de los años 90 se ha producido de modo paulatino un desmantelamiento de la soberanía parlamentaria»⁵⁸.

En efecto, en la sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puso de manifiesto la incorporación del Derecho comunitario al Derecho británico y le recuerda al tribunal inglés que le había formulado una cuestión prejudicial sobre la facultad de un juez británico de suspender la aplicación de una ley adoptada por su Parlamento nacional:

“la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional [antigua norma del ‘*Common law*’ que prohíbe conceder medidas

57 mar Bouazza Ariño, “La elaboración y el examen de las leyes británicas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Revista de las Cortes Generales* n° 61 (2004), p. 80.

58 Danny Nicol, *EC Membership and the Judicialization of British Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 226.

provisionales contra la Corona, en este caso una ley británica, la *Merchant Shipping Act*] pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados [por armadores pesqueros españoles] con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez [la *House of Lords*] que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma⁵⁹.

Con estos antecedentes y teniendo en cuenta las peculiaridades del modelo social británico, no resulta extraño que la adopción en 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su inclusión en el Tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor en 2009, fuesen objeto de importantes reticencias por parte del representante británico en las dos ‘convenciones’ y que las limitaciones finalmente establecidas a la interpretación de la Carta comunitaria estuviesen justificadas precisamente por las exigencias del Reino Unido derivadas de una manifiesta desconfianza respecto de la constitucionalización de un catálogo de derechos fundamentales.

De este modo la constitucionalización de los derechos humanos en el Convenio Europeo y en la Unión Europea han tenido consecuencias de particular importancia en el sistema constitucional británico y en la garantía de los derechos fundamentales por los jueces. No obstante, una de las razones de la salida del Reino Unido de la Unión Europea (*Brexit*) se debe precisamente al intento manifestado políticamente de no estar vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁰. La desconexión de la Unión

59 TJCE, sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame* (C-213/89, *Rec.* p. I-2433, apartado 21).

60 El Gobierno del Reino Unido señalaba en su informe, *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, Cm 9417, Londres, 2017, que pasarán a controlar la agenda legislativa y pondrán fin a la jurisdicción del

Europea está prevista para el 29 de marzo de 2019 por lo que, a partir de ese momento, este país seguirá anclado al continente europeo como consecuencia de su sometimiento únicamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya no más Luxemburgo pero, en cambio, Estrasburgo seguirá decidiendo cuestiones británicas relativas a los derechos fundamentales.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el RU («We will take control of our own statute book and bring an end to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the UK»).

CAPÍTULO 3. La experiencia de la protección judicial supranacional de los derechos fundamenta- les en Europa: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

David Ordóñez Solís

Hasta el momento la experiencia más fructífera de la protección judicial de los derechos humanos en el ámbito internacional ha sido, sin duda alguna, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado en virtud el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶¹. El Tribunal Europeo fue creado como un órgano específico del Convenio Europeo y entró en funcionamiento en Estrasburgo en 1959, y cuyo lema bien pudiera deducirse de su reiterada jurisprudencia conforme a la cual «**el Convenio pretende proteger 'derechos concretos y efectivos' y no 'teóricos o ilusorios'**»⁶².

61 Su denominación oficial es 'Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales', firmado en Roma de 4 de noviembre de 1950. En estos momentos son parte en el Convenio Europeo 47 Estados europeos, incluidos los 28 Estados miembros de la Unión Europea -por ejemplo, España ratificó el Convenio el 4 de octubre de 1979- y la Federación Rusa o Turquía.

62 Véase, por todas, TEDH, sentencia de 16 de noviembre de 2004, Moreno Gómez c. España (recurso nº 4143/2002), § 56).

La protección judicial de las derechos humanos por el Tribunal Europeo exige, en primer lugar, referirse al elenco de derechos humanos, de carácter civil y político, proclamados en el Convenio, y su comparación con los derechos humanos de carácter social, económico y cultural consagrados por la Carta Social Europea, adoptada en Turín en 1961 y que, por el momento, no cuenta con un procedimiento judicial de protección⁶³.

En segundo lugar, será preciso analizar las dos etapas del Tribunal Europeo que derivan de los cambios sustanciales en el procedimiento jurisdiccional: la primera etapa antes de conocer el Tribunal la demanda debía filtrarse a través de la Comisión Europea de Derechos Humanos; y la segunda etapa que se inicia en 1998 gira en torno únicamente al procedimiento judicial ante el Tribunal Europeo.

Por último, será conveniente examinar la importancia y el alcance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo que, por su trascendencia, limitamos a dos ámbitos: el primero se refiere a la propia confirmación de un derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso de protección efectiva que están teniendo una trascendencia extraordinaria en la configuración del ejercicio de poder judicial en toda Europa; y el segundo pretende exponer el carácter expansivo e innovador de la jurisprudencia adoptada por el Tribunal de Estrasburgo en la medida en que ha sabido deducir de un derecho civil clásico como el derecho a la vida privada y familiar las implicaciones medioambientales de la protección judicial de los derechos fundamentales.

3.1 La consagración de los derechos civiles y políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La consagración de los derechos humanos en Europa se está llevando a cabo de manera gradual. Por una parte, el Convenio

63 La Carta Social Europea fue adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961; el 3 de mayo de 1996 se adoptó la Carta Social Europea, revisada, que entró en vigor el 1 de julio de 1999; no obstante, numerosos países de la Unión Europea, como es el caso de Alemania, Reino Unido o España, no han ratificado la Carta revisada.

Europeo establece un elenco de derechos civiles y políticos y su propio mecanismo judicial de protección gira en torno al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, por otra parte, la Carta Social Europea es un convenio internacional que contiene un catálogo de derechos económicos y sociales, que, sin embargo, no están sometidos al control de un tribunal supranacional.

Los derechos reconocidos por el Convenio Europeo constituyen un mínimo común denominador de los derechos civiles y políticos de los Estados parte y son los siguientes: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a un proceso equitativo, el principio de legalidad penal, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a un recurso efectivo y la prohibición de discriminación. Y a este elenco deben añadirse los derechos contenidos en los sucesivos Protocolos al Convenio Europeo que han sido sometidos, obviamente, a la ratificación por los distintos Estados parte en el Convenio: la protección de la propiedad, el derecho a la instrucción, el derecho a elecciones libres, la prohibición de prisión por deudas, la libertad de circulación, la prohibición de la expulsión de los nacionales y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, o la abolición de la pena de muerte.

En contraste, los derechos consagrados por la Carta Social Europea son más un objetivo a alcanzar que un denominador común de los derechos sociales y económicos de los Estados parte, especialmente una vez que a la Carta Social se han incorporado numerosos países, especialmente de la Europa central y oriental, incluida la Federación Rusa, cuyo desarrollo económico ofrece grados tan dispares. En cualquier caso, los derechos que constituyen el catálogo de la Carta Social Europea son los siguientes: derecho al trabajo, derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho

a una remuneración equitativa, derecho sindical, derecho de negociación colectiva, derecho de los niños y adolescentes a protección, derecho de las trabajadoras a protección, derecho a la orientación profesional, derecho de formación profesional, derecho a la protección de la salud, derecho a la seguridad social, derecho a la asistencia social y médica, derecho a los beneficios de los servicios sociales, derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, derechos de las madres y los niños a una protección social y económica, derecho a ejercer una actividad lucrativa en los otros Estados parte y derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia. Esta lista de derechos sociales se ha completado con la consagración, mediante el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 5 de mayo de 1988, de cuatro nuevos derechos relativos a la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores, el derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas, el derecho a la participación en el establecimiento y la mejora de las condiciones de trabajo; y el derecho de los ancianos a la protección social.

El contraste entre ambos catálogos de derechos civiles y políticos, contenidos en el Convenio Europeo, y de derechos sociales y económicos de la Carta Social, resulta manifiesto. Pero es que, además, la posibilidad de los Estados de elegir prácticamente 'a la carta' entre los derechos sociales aplicables diluye, en cierto modo, la efectividad de los derechos sociales. En fin, la diferencia entre el Convenio Europeo y la Carta Social Europea aumenta, sobre manera, si se tienen en cuenta los distintos procedimientos de garantía, judicial en el caso del Convenio y meramente político o administrativo en el supuesto de la Carta. En fin, tal como se ha señalado las diferencias económicas y sociales entre los 47 países actuales que integran el Consejo de Europa son sustanciales; de hecho, salvo en el supuesto de los 28 Estados miembros de la Unión Europea y algunos países con estatuto especial como Suiza,

Noruega o Islandia, los demás países están lejos de responder en estos momentos al modelo social europeo en el que parece inspirarse la Carta Social Europea.

3.2 El procedimiento de protección judicial de los derechos humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no sería lo que en estos momentos representa en Europa si no hubiese sido por el activo papel interpretativo desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de las sentencias pronunciadas desde 1960.

Si bien el Convenio Europeo y su Tribunal fueron establecidos como un mecanismo de protección frente al fascismo y al comunismo, el Tribunal Europeo ha desempeñado una función y ha ejercido una influencia en la protección de los derechos fundamentales de incalculable valor para el mantenimiento y la mejora de la democracia en Europa. Se pueden distinguir claramente tres etapas en su evolución desde 1960 hasta ahora.

En la primera etapa que va hasta 1998, el procedimiento de protección se desdoblaba en dos fases: la primera ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y la segunda, subsidiaria, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los particulares estaban legitimados para interponer recurso ante la Comisión Europea –como señalaba el antiguo artículo 25 del Convenio Europeo «cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación»–; sin embargo, el acceso al Tribunal Europeo se atribuía de manera particular a la Comisión Europea o a otro Estado parte, sin que los particulares estuviesen legitimados para presentar la correspondiente demanda⁶⁴.

⁶⁴ Sobre el procedimiento seguido ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, remitimos, por ejemplo, al estudio de Faustino Cordón Moreno, *El proceso de amparo constitucional*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 1992, pp. 204-208.

La segunda etapa está marcada por la entrada en vigor del Protocolo nº 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el 1 de noviembre de 1998⁶⁵. Esta etapa se caracteriza por la supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos y por la sustanciación de un procedimiento seguido única y exclusivamente ante el Tribunal Europeo. En la actual etapa los particulares están legitimados para acudir ante el Tribunal Europeo y demandar a los Estados parte en el Convenio. A tal efecto, el artículo 34 del Convenio Europeo dispone:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

La tercera etapa actual, iniciada en 2010, continúa el procedimiento anterior pero adaptado para lo que ha establecido nuevos criterios de admisión de los casos en los que el recurrente no se ha visto afectado particularmente y se adoptan medidas más eficientes respecto de asuntos reiterados. Así, se procede a un examen sucesivo por un juez único, por un comité y por la Sala que actúan como filtro consistente en archivar, inadmitir o resolver el litigio.

En primer lugar, el juez único podrá declarar inadmisibles o archivar una demanda con carácter definitivo cuando tal decisión pueda adoptarse sin tener que proceder a un examen complementario; no obstante, si el juez único no declara inadmisibles una demanda ni la archiva, dicho juez remitirá la misma a un Comité o a una Sala para su examen complementario (art. 27 CEDH).

65 Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994.

A continuación, pasado el filtro del juez único, un Comité podrá, por unanimidad, inadmitir o archivar la demanda sin tener que proceder a un examen complementario; o declararla admisible y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo, si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia consolidada del Tribunal (art. 28 CEDH).

Por último, si ha pasado los filtros anteriores, corresponderá la competencia a una Sala que podrá pronunciarse sobre la admisibilidad y sobre el fondo del asunto.

El artículo 35.1 del Convenio Europeo establece:

“Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de 6 meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”.

Siguiendo una norma habitual en el Derecho internacional, el procedimiento ante el Tribunal Europeo tiene carácter subsidiario en relación con los procedimientos judiciales que deben seguirse previamente ante los tribunales nacionales. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Europeo en su sentencia de 26 de octubre de 2000, Kudla c. Polonia, conforme a la cual:

“En virtud del artículo 1 –que dispone: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio»–, las autoridades nacionales son las responsables, en primer lugar, de la aplicación y de la observancia de los derechos y libertades garantizados. El mecanismo de recurso ante el Tribunal reviste, por tanto, un carácter subsidiario respecto de los sistemas nacionales de salvaguardia de los derechos humanos. Esta subsidiariedad se expresa en los artículos 13 y 35 §1 del Convenio.

La finalidad del artículo 35 §1, que enuncia la regla del agotamiento de los recursos internos, es permitir a los Estados contratantes que tengan la oportunidad de prevenir o de reparar las violaciones alegadas contra ellos antes de recurrir ante el Tribunal Europeo (véase, recientemente, la sentencia Selmouni c. Francia [GC], n° 25803/94, § 74, CEDH 1999-V). La regla del artículo 35 §1 se funda en la hipótesis, incorporada en el artículo 13, respecto del cual presenta estrechas afinidades, de que el ordenamiento interno ofrece un recurso efectivo en cuanto a la violación alegada (*ibídem*)

De este modo, al enunciar de manera explícita la obligación para los Estados de proteger los derechos humanos en primer lugar dentro de su propio ordenamiento jurídico, el artículo 13 establece en favor de los justiciables una garantía suplementaria de ejercicio efectivo de los derechos en cuestión. Tal como se deduce de los trabajos preparatorios (*Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, vol. II, pp. 485 et 490, et vol. III, p. 651), el objeto del artículo 13 es proporcionar un mecanismo a través del cual los justiciables puedan obtener, en el ámbito nacional, la reparación de las violaciones de sus derechos garantizados por el Convenio, antes de poner en marcha el mecanismo internacional de recurso al Tribunal Europeo⁶⁶.

No obstante, el artículo 35.3 CEDH prevé unas generosas causas de inadmisibilidad de cualquier demanda individual si el Tribunal Europeo así lo considera:

- a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o
- b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados

66 TEDH (GC), sentencia de 26 de octubre de 2000, Kudla c. Polonia (recurso n° 30210/1996 § 152).

por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional.

La modificación del procedimiento de control judicial por el Tribunal Europeo y el extraordinario aumento del número de partes en el Convenio Europeo estuvo a punto de desbordar la capacidad del propio Tribunal Europeo.

La imponente composición del Tribunal Europeo integrado por 47 jueces y la extraordinaria variedad de Estados miembros en cuanto se refiere a la protección de los derechos fundamentales, lo que incluye países tan distintos como los países de la Unión Europea, Reino Unido, Francia, Alemania por una parte, pero también la Federación Rusa y otras Repúblicas resultantes de la desaparición de la Unión Soviética, suponen, sin duda, dificultades de funcionamiento que, sin embargo, parecen haberse superado.

El Protocolo nº 15 por el que se enmienda el Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Estrasburgo el 16 de mayo de 2013 y pendiente en Septiembre de 2018 de solo cuatro ratificaciones, rebaja el plazo de interposición de seis a cuatro meses.

El Protocolo nº 16, firmado el 2 de octubre de 2013, permite a los tribunales superiores nacionales remitir cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una vez ratificado por 10 Estados, entre ellos Francia, entró en vigor el 1 de agosto de 2018.

3.3 Los efectos transformadores de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el juez europeo: 'derecho a un juicio equitativo' y 'derecho a un recurso efectivo'

Si alguna disposición del Convenio Europeo ha tenido efectos extraordinarios en la interpretación elaborada por el Tribunal

Europeo ha sido el artículo 6.1 que consagra el 'derecho a un proceso equitativo' y que supone, por una parte, el derecho de toda persona a acceder a un juez, a tener un juicio justo y a que se resuelva en un plazo razonable; y, por otra, exige que el juez sea imparcial.

De manera complementaria y a partir de 2000 la jurisprudencia europea ha considerado también los efectos autónomos del artículo 13 del Convenio Europeo donde se consagra el 'derecho a un recurso efectivo' ante los tribunales nacionales contra la violación de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo.

El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye la disposición más invocada y mejor desarrollada por el Tribunal Europeo, tiene este tenor:

"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

El primer elemento importante del 'juicio justo' es **el derecho de acceder a un tribunal**. Así explica el alcance de este derecho el Tribunal Europeo en la sentencia de 15 de octubre de 2002, *Cañete de Goñi c. España*:

“la efectividad del derecho de acceso exige que un individuo disponga de una posibilidad clara y concreta de impugnar un acto que constituya una injerencia en sus derechos (véase la sentencia *Bellet c. Francia* de 4 de diciembre de 1995, serie A núm. 333-B, p. 42, § 36). Además, esto no es suficiente únicamente respecto de un procedimiento ya iniciado sino que también puede invocarlo «cualquiera que al estimar como ilegal una injerencia en el ejercicio de uno de sus derechos “de carácter civil” invoque que no ha tenido ocasión de someter tal impugnación ante un Tribunal que cumpla las exigencias del artículo 6.1» (véanse las sentencias *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica* de 23 de junio de 1981, serie A núm. 43, p. 20, § 44, y *Los Santos Monasterios c. Grecia* de 9 de diciembre de 1994, serie A núm. 301-A, pp. 36-37, § 80)⁶⁷.

En segundo lugar, el ‘juicio equitativo’ afecta a numerosas cuestiones relativas al **desarrollo del procedimiento judicial** de modo que, por ejemplo, en la sentencia de 6 de diciembre de 1988, *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*, el Tribunal Europeo consideró que «el traslado tardío de los recurrentes de Barcelona a Madrid, el cambio inesperado de la composición del tribunal inmediatamente antes de la apertura de los debates, la brevedad de éstos y, sobre todo, el hecho de que elementos importantísimos de prueba no fuesen practicados y discutidos de modo adecuado en el acto de la vista en presencia de los acusados y en audiencia pública» suponen un incumplimiento de las exigencias de un juicio justo y público⁶⁸.

Del mismo modo, un juicio equitativo exige un procedimiento judicial contradictorio, que respete el ‘principio de la igualdad de armas’ por lo que en la sentencia de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*, el Tribunal Europeo acoge la queja de un conocido

67 TEDH, sentencia de 15 de octubre de 2002, *Cañete de Goñi c. España*, § 34.

68 TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, § 89.

empresario de que el procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional, como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad, sólo permitía la intervención de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal, pero no la alegación de las partes en el proceso principal, por lo que, a juicio del Tribunal Europeo, tal restricción del Derecho procesal constitucional español vulnera el artículo 6.1 del Convenio Europeo al ser contrario al principio de la igualdad de armas⁶⁹.

Este mismo enfoque judicial ha permitido al Tribunal Europeo cuestionar el mismísimo procedimiento judicial seguido ante el *Conseil d'État* francés por cuanto, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, vulnera el «principio de la igualdad de armas»⁷⁰; en cambio y aun cuando la figura del Abogado General del Tribunal de Justicia de la unión Europea desempeña funciones muy similares a las del Comisario del Gobierno ante la venerable institución francesa, no vulneraría el derecho a un proceso equitativo dado que el Abogado General, a pesar de ser miembro del Tribunal de la Unión Europea, no participa en sus deliberaciones⁷¹.

69 TEDH, sentencia de 23 de junio de 1993, Ruiz Mateos c. España, §§ 61 a 68.

70 TEDH, sentencia, de 7 de junio de 2001, Kress c. Francia, § 81; los argumentos del Tribunal Europeo son claros al señalar: «En fin, la teoría de las apariencias también debe tenerse en cuenta de modo que el Comisario del Gobierno, al expresarse públicamente sobre la desestimación o la aceptación de los motivos de impugnación presentados por una de las partes, podría ser considerado legítimamente por alguna de las partes como que ha tomado partido por una de ellas. A juicio del Tribunal Europeo, un justiciable que no esté familiarizado con los arcanos de la justicia administrativa puede de manera muy natural tener tendencia a considerar como adversario a aquel Comisario del Gobierno que se pronuncia en favor de la desestimación de su recurso; y, a la inversa, ciertamente un justiciable que observa que su tesis es apoyada por el Comisario lo percibirá como su aliado. Pero es que, además, el Tribunal Europeo considera que un litigante puede albergar un sentimiento de desigualdad si, después de haber oído las conclusiones del Comisario en un sentido desfavorable a su tesis y durante la audiencia pública, lo ve retirarse con los jueces que dictarán sentencia con el fin de asistir a la deliberación en el secreto de la Sala del Consejo (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia Delcourt c. Bélgica, de 17 de enero de 1970, serie A n° 11, p. 17, § 30)».

71 TEDH, sentencia, de 7 de junio de 2001, Kress c. Francia, § 86; expresamente el Tribunal Europeo «ve confirmado su enfoque por el hecho de que en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Abogado General, cuya institución se ha inspirado directamente en la del Comisario del Gobierno [del Consejo de

En fin, el Tribunal Europeo ha empezado a basarse en el **principio de oralidad del procedimiento judicial** para cuestionar tradiciones judiciales particularmente arraigadas como pudiera ser el caso del contencioso-administrativo sueco. Así, en la sentencia de 8 de febrero de 2005, *Miller c. Suecia*, el Tribunal Europeo aplica su jurisprudencia anterior y considera que Suecia había vulnerado el Convenio Europeo por no haber establecido un procedimiento oral en el caso concreto. A tal efecto, el Tribunal Europeo reitera que en el procedimiento ante un tribunal de primera y única instancia el derecho a un 'juicio público, tal como establece el artículo 6.1 del Convenio, supone el derecho a un 'juicio oral' a menos que haya circunstancias excepcionales que justifiquen la dispensa y que derivan sustancialmente de la naturaleza del objeto del litigio que se ventila ante el tribunal nacional competente y no por la frecuencia de tales situaciones; por ejemplo, disputas relativas a regímenes de seguridad social, que son generalmente y más bien de carácter técnico y que normalmente dependen de dictámenes escritos emitidos por médicos, pueden tratarse mejor en un procedimiento escrito. No obstante, el Tribunal Europeo puntualiza que la excepcionalidad del procedimiento escrito se justifica mejor en apelación que en primera instancia⁷².

En tercer lugar, el Tribunal Europeo ha deducido del 'proceso equitativo' exigido por el artículo 6.1 del Convenio una serie de derechos fundamentales vinculados a la aplicación efectiva del principio de **buena administración de justicia** de tal modo que las jurisdicciones nacionales están obligadas a hacer una interpretación que no sea especialmente rigurosa de las reglas de procedimiento⁷³.

Estado francés], no participa en sus deliberaciones, tal como dispone el artículo 27 del Reglamento de procedimiento del TJCE».

72 TEDH, sentencia de 8 de febrero de 2005, *Miller c. Suecia* (recurso nº 55853/2000, §§ 29-31).

73 TEDH, sentencia de 28 de octubre de 1998, *Pérez de Rada Cabanilles c. España*, § 48; en este supuesto la interpretación de los tribunales españoles que rechazaron un recurso presentado por vía postal y exigían el desplazamiento de la recurrente a Aoiz con el fin de presentar su recurso en el plazo establecido,

Y, en cuarto lugar, el Tribunal Europeo considera que el derecho a un juicio equitativo comprende el derecho a la **motivación de las resoluciones judiciales**, aunque, como precisó el Tribunal de Estrasburgo en las sentencias de 9 de diciembre de 1994, *Ruiz Torija e Hiro Balani c. España*, «esto no significa que [el artículo 6.1 del Convenio] exija una respuesta detallada de cada motivo (véase la sentencia Van de Hurk c. Países Bajos, de 19 de abril de 1994, serie A n° 288, p. 20, § 61). El alcance de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión. Además debe tenerse en cuenta en particular la diversidad de motivos que un recurrente puede sostener judicialmente y las diferencias en los Estados miembros contratantes en materia de disposiciones legales, costumbres, concepciones doctrinales, presentación y redacción de las resoluciones y sentencias. Por tanto, la cuestión de saber si un tribunal ha incumplido su obligación de motivar tal como se consagra en el artículo 6 del Convenio no puede analizarse más que a la luz de las circunstancias del caso concreto»⁷⁴.

cuando la decisión litigiosa le había sido notificada en Madrid, constituye, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, una exigencia desmesurada. En los mismos términos la sentencia de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S.A. c. España*, § 42, relativa a la inadmisión por el Tribunal Supremo español de un recurso de casación por haberlo presentado en el Juzgado de Guardia; no obstante, en un voto particular a esta sentencia, formulado por el juez español Pastor Ridruejo, al que se suma el juez Maruste, se puntualiza: «la sentencia de la Sala puede producir incertidumbre en la práctica de los tribunales españoles. En efecto, se deduce de la sentencia que un justiciable puede presentar un documento ante el Juzgado de Guardia el día antes de que expire el plazo fijado imperativamente. Pero *quid* si esta presentación se hace, por ejemplo, tres, cuatro o cinco días antes y el juez o el Tribunal competente decide declarar agotado el plazo. ¿Habrà, en este caso, violado España el artículo 6 del Convenio? O dicho de otro modo: ¿cuándo se permite, en realidad, la presentación de un recurso o de un documento ante un Juzgado de Guardia?»

74 TEDH, sentencias de 9 de diciembre de 1994, *Ruiz Torija c. España*, § 29; y sentencia *Hiro Balani c. España*, § 27. En la sentencia, de 19 de diciembre de 1997, *Brualla Gómez de la Torre c. España*, el Tribunal Europeo reconoce: «el artículo 6 del Convenio no impone a los Estados miembros la creación de tribunales de apelación o de casación (véase, entre otras, la sentencia *Delcourt c. Bélgica*, de 17 de enero de 1970, serie A n° 11, pp. 14-15, §§ 25-26). Sin embargo, si existiesen tales jurisdicciones, las garantías del artículo 6 deben respetarse, especialmente en la medida en que asegura a los demandantes un derecho efectivo de acceder a los tribunales respecto de las decisiones relativas a sus 'derechos y obligaciones de carácter civil'. El modo en que el artículo 6.1 se aplique depende de las particularidades del procedimiento concreto. Para su

También el Tribunal Europeo ha desarrollado una copiosísima jurisprudencia sobre la vulneración del derecho a un proceso equitativo que no se lleve a cabo en un **plazo razonable**. La aplicación de esta jurisprudencia ha puesto en evidencia las deficiencias de prácticamente todas las jurisdicciones nacionales europeas por la duración excesiva del proceso judicial, mal endémico de la Administración de Justicia, se refiera a derechos civiles⁷⁵ o a derechos de carácter penal⁷⁶.

Por último, el Tribunal Europeo ha deducido del artículo 6.1 del Convenio Europeo un amplio concepto de **juez imparcial** que aplica a todos los Derechos nacionales en Europa⁷⁷. Los elementos de este concepto de imparcialidad judicial se explican, por ejemplo, en la sentencia de 28 de octubre de 1998, *Castillo Algar c. España*, en estos términos:

“El Tribunal destaca que a los fines del artículo 6.1 la imparcialidad debe apreciarse en términos subjetivos, intentando determinar la convicción personal de un juez determinado en una ocasión concreta, y en términos objetivos que permitan asegurar que el juez ofrece las garantías suficientes que excluyan a estos efectos cualquier duda

enjuiciamiento es preciso tener en cuenta el conjunto del proceso seguido en el ordenamiento interno y la misión que en el mismo desempeña la jurisdicción de casación, pudiendo ser las condiciones de admisibilidad de un recurso de esta naturaleza más rigurosas que para presentar un recurso de apelación (véase, entre otras, la sentencia *Levages Prestations Services*, antes citada, p. 1544, §§ 44-45)» (§ 37).

- 75 TEDH, sentencia, de 7 de julio de 1989, *Unión Alimentaria Sanders c. España*, § 38; o la sentencia de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*, § 53.
- 76 TEDH, sentencias de 28 de octubre de 2003, *González Doria Durán de Quiroga c. España*, § 34; y *López Solé y Martín de Vargas c. España*, § 30; TEDH, sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Scott c. España*, §§ 83 y 84; TEDH, sentencia de 14 de octubre de 1999, *Riera Blume y otros c. España*, § 28.
- 77 TEDH (Gran Sala), sentencia de 23 de junio de 2016, *Baka c. Hungría* (recurso nº 20261/12), subraya la importancia para el Estado de Derecho de la independencia y la libertad de expresión de los jueces y desarrolla el principio conforme al cual las leyes que se adoptan directamente contra una determinada persona son contrarias al Estado de Derecho («laws which are directed against a specific person are contrary to the rule of law»; «les lois visant uniquement un individu donné étaient contraires à l'état de droit», § 117).

legítima (véase, entre otras, la sentencia Incal c. Turquía, de 9 de junio de 1998, Recopilación 1998, § 65).

En el caso de la vertiente subjetiva, el Tribunal recuerda que la imparcialidad personal de un magistrado se presume mientras no haya prueba en contrario (sentencia Hauschildt c. Dinamarca, de 34 de mayo de 1989, serie A n° 154, p. 21, § 47). Ahora bien, a pesar de la tesis del recurrente según la cual E.S.G. y R.V.P. albergaban ideas preconcebidas sobre su culpabilidad (anterior parágrafo 39), el Tribunal no está convencido de la existencia de elementos que prueben que uno u otro juez haya actuado movido por un prejuicio personal. Por tanto, no puede presumirse más que la imparcialidad personal de los interesados.

En cuanto a la apreciación objetiva, consiste en preguntarse si, con independencia de la conducta personal del juez, determinados hechos verificables permiten sospechar de su imparcialidad. En casos de esta naturaleza incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia, dado que está en juego la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y, en particular, a los acusados. En consecuencia, cualquier juez del cual se pueda temer legítimamente una falta de imparcialidad debe abstenerse. Para pronunciarse sobre la existencia, en un caso particular, de un motivo legítimo de abstención de un juez por falta de imparcialidad, el punto de vista del acusado es importante pero no decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores de los interesados pueden justificarse objetivamente (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia Hauschildt antes citada, p. 212, § 48)⁷⁸.

De manera complementaria es preciso referirse al derecho a un recurso efectivo consagrado en el artículo 13 del Convenio Europeo que en los primeros momentos el Tribunal Europeo consideraba vinculado o subsumido en el reconocimiento de los demás

78 TEDH, sentencia de 28 de octubre de 1998, Castillo Algar c. España, §§ 43 a 45.

derechos del Convenio. No obstante, este derecho se enuncia en estos términos:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

Su interpretación por el Tribunal Europeo presenta algunos aspectos que es importante destacar, especialmente a partir de la sentencia de 26 de octubre de 2000, *Kudla c. Polonia*. En efecto, antes de esta sentencia, el Tribunal Europeo consideraba, por ejemplo, que cuando constataba una violación de uno de los derechos del Convenio, por ejemplo del artículo 6.1, ya no era necesario pronunciarse sobre la violación del artículo 13 del Convenio al estimar que el artículo en cuestión, por ejemplo el referido artículo 6.1, constituía una regla especial respecto del artículo 13⁷⁹.

Sin embargo, el Tribunal Europeo estimó que no había superposición ni absorción entre ambas disposiciones en cuanto el justiciable pretendía presentar ante una instancia nacional una reclamación por la vulneración del derecho a que su causa fuese oída en un plazo razonable en el sentido del artículo 6.1 del Convenio. Por tanto, el Tribunal Europeo cambia expresamente su jurisprudencia y puntualiza:

“Desde esta perspectiva, el derecho de toda persona a que su causa sea oída en un plazo razonable resultará menoscabado si no existe posibilidad alguna de presentar previamente ante una autoridad reclamaciones fundadas en el Convenio. De modo que las exigencias del artículo 13 deben ser consideradas como un refuerzo de las establecidas en el artículo 6.1, más que como incluidas en la obligación general, impuesta por este artículo 6.1, de

79 TEDH (GC), sentencia de 26 de octubre de 2000, *Kudla c. Polonia* (recurso n° 30210/1996, § 146).

no someter a los justiciables a procedimientos judiciales anormalmente largos.

[...]

[Por tanto] el Tribunal Europeo estima que la interpretación correcta del artículo 13 es que esta disposición garantiza un recurso efectivo ante una instancia nacional que permita impugnar cualquier desconocimiento de la obligación impuesta por el artículo 6.1 de juzgar las causas en un plazo razonable”⁸⁰.

Obviamente, el artículo 13 confiere el derecho a un recurso efectivo respecto de todos los derechos humanos reconocidos por el Convenio Europeo y así lo ha interpretado el Tribunal Europeo de manera expresa no sólo respecto del artículo 6.1 sino también respecto de otros derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, en relación con el artículo 8 del Convenio dado que, por ejemplo, el Derecho italiano no contaba con un recurso interno para impugnar el control prolongado de la correspondencia de una persona declarada en quiebra, tal como resuelve en la sentencia de 23 de marzo de 2006, *Albanese c. Italia*⁸¹; pero también respecto del artículo 1 del Protocolo adicional que consagra el derecho de propiedad en la medida en que el Derecho griego no establecía recurso alguno que permitiese a la recurrente conseguir la demolición de un muro construido ilegalmente en el sentido en que se expresa en la sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Fotopoulou c. Grecia*⁸²; etc.

Así pues, de una manera paulatina y constante el Tribunal Europeo logra configurar un modelo bien determinado de juez en Europa

80 TEDH, sentencia de 26 de octubre de 2000, *Kudla c. Polonia*, ya citada, §§ 152 y 156.

81 TEDH, sentencia de 23 de marzo de 2006, *Albanese c. Italia* (recurso n° 77924/2001, §§ 70 a 77).

82 TEDH, sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Fotopoulou c. Grecia* (recurso n° 66725/2001, §§ 43 a 47).

imprimiendo a su jurisprudencia una efectividad y un alcance extraordinarios⁸³.

3.4 Las nuevas dimensiones económicas y sociales de la jurisprudencia europea: del derecho a la vida privada y familiar a un derecho al medio ambiente

El activismo del Tribunal Europeo queda patente en la interpretación extensiva del Convenio Europeo; pero donde, sin duda, el Tribunal Europeo ha sido especialmente creativo es al interpretar el artículo 8.1 del Convenio Europeo que consagra el derecho a la vida privada y familiar, hasta el punto de reconocer una 'dimensión medioambiental' de uno de los derechos civiles más clásicos.

Probablemente la sentencia del Tribunal Europeo más relevante haya sido la de 9 de diciembre de 1994, López Ostra c. España, donde puso de manifiesto la clara vinculación entre el derecho a la vida privada y la protección del medio ambiente en un asunto del que habían conocido, por la vía especial contencioso-administrativa de protección de los derechos fundamentales la Audiencia Territorial de Murcia y el Tribunal Supremo, y en recurso de amparo el propio Tribunal Constitucional español que inadmitió el recurso por ser manifiestamente infundado. Sin embargo, el Tribunal Europeo por unanimidad consideró:

"De lo anterior se deduce, no obstante, que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y pueden privarla de disfrutar de su domicilio hasta el punto de perjudicar su vida privada y familiar y sin que sea necesario que se ponga en grave peligro la salud de la interesada.

83 Una recopilación sistemática en español de esta jurisprudencia se recoge en la compilación de Manuel José Terol Becerra, Fernando Álvarez-Ossorio Micheo y Abraham Barrero Ortega, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

Los principios aplicables son bastante similares tanto si se enfoca el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del particular en virtud del párrafo 1 del artículo 8 “como lo pretende en este supuesto la demandante”, como si se aborda como una ‘injerencia de una autoridad pública’ que se debe justificar de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo 8. En los dos casos es preciso tener en cuenta el justo equilibrio que debe darse entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; del mismo modo, en las dos hipótesis el Estado goza de un cierto margen de apreciación. Además, incluso en el caso de las obligaciones positivas que se deducen del artículo 8.1, los objetivos enumerados en el artículo 8.2 pueden desempeñar una cierta función a la hora de buscar el equilibrio requerido (véanse, en particular, las sentencias *Rees c. Reino Unido* de 17 de octubre de 1986, serie A n° 106, p. 15, § 37, y *Powell y Rayner c. Reino Unido* de 21 de febrero de 1990, serie A n° 172, p. 18, § 41)⁸⁴.

No obstante, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de precisar su interpretación en la sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido*, relativa al ruido por vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow y que fue dictada por el Tribunal Europeo después de haberse pronunciado previamente una de sus Salas, recurso n° 36022/1997, aplicando de manera extensiva esta dimensión ecológica del derecho a la vida privada y familiar y constatando la vulneración de tal derecho por las autoridades británicas. Sin embargo, en la segunda sentencia el Tribunal Europeo, que revoca la anterior sentencia de la Sala, recuerda la evolución jurisprudencial “a la que ya nos referimos más arriba” y, por lo que ahora importa, matiza el alcance de su propia jurisprudencia en los siguientes términos:

84 TEDH, sentencia de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. España* (recurso n° 16798/1990, § 51).

“El artículo 8 puede aplicarse en los asuntos de medio ambiente si la polución es causada directamente por el Estado o cuando la responsabilidad de este último deriva de la ausencia de reglamentación adecuada de la industria privada. Los principios aplicables son bastante similares tanto si se enfoca el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que los demandantes deducen del párrafo 1 del artículo 8, como si se aborda como una injerencia de una autoridad pública que se debe justificar de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo 8. **En los dos casos es preciso tener en cuenta el justo equilibrio que debe darse entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; del mismo modo, en las dos hipótesis el Estado goza de un cierto margen de apreciación para determinar las disposiciones que deben adoptarse con el fin de asegurar el respeto del Convenio. Además, incluso en el caso de las obligaciones positivas que resultan del párrafo 1, los objetivos enumerados en el párrafo 2 pueden desempeñar una cierta función en la búsqueda del equilibrio deseado** (Powell y Rayner, y López Ostra, antes citadas, §§ 41 y 51, respectivamente).

El Tribunal considera que, en un litigio como este que se refiere a decisiones del Estado que tienen una incidencia en cuestiones medioambientales, el examen que procede realizar implica dos aspectos. En primer lugar, puede apreciarse el contenido material de la decisión del Gobierno con el fin de asegurar que sea compatible con el artículo 8. En segundo lugar, es preciso examinar el procedimiento de adopción de decisiones con el fin de comprobar si los intereses de los particulares han sido tenidos debidamente en cuenta.

Por lo que se refiere al aspecto material, el Tribunal ha declarado que el Estado debería gozar de un amplio margen de apreciación. A título de ejemplo, en el asunto Powell y Rayner, el Tribunal ha

afirmado que no corresponde «ciertamente a la Comisión ni al Tribunal sustituir a las autoridades nacionales para apreciar en qué podría consistir la política óptima en este difícil ámbito social y técnico», es decir, la reglamentación de un ruido excesivo generado por las aeronaves, así como las vías de recurso que se abren al particular en cada ordenamiento jurídico interno. Y el Tribunal ha añadido «que en esta materia, deb[ería] reconocerse a los Estados contratantes un importante margen» (*ibídem*, § 44).

En otros litigios que plantean cuestiones vinculadas al medio ambiente, por ejemplo los asuntos relativos a la ordenación del territorio, el Tribunal ha declarado asimismo que el Estado debe gozar de un amplio margen de apreciación. Así lo ha explicado el Tribunal de Justicia en el asunto *Buckley c. Reino Unido*, donde la demandante se quejaba de habersele denegado un permiso de ordenación catastral para la instalación permanente de una caravana en un terreno que le pertenecía (sentencia de 25 de septiembre de 1996, *Recueil* 1996-IV, §§ 7477): «De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal, corresponde a las autoridades nacionales evaluar en primer lugar la ‘necesidad’ de una injerencia, tanto en lo que se refiere al marco legislativo como a las medidas particulares de aplicación (...) Incluso si dichas autoridades se benefician en este sentido de un cierto margen de apreciación, su decisión queda sometida al control del Tribunal que debe verificar su conformidad con las exigencias del Convenio. La amplitud del margen de apreciación no es la misma en todos los casos sino que varía en función del contexto (...) De los distintos elementos relevantes destacan la naturaleza del derecho convencional en juego, su importancia para el particular y el tipo de actividades afectadas. El Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que los planes de ordenación urbana y rural implican el ejercicio de un poder discrecional de la decisión para aplicar las políticas adoptadas en interés de la comunidad (...) El Tribunal no está habilitado para sustituir por su propio punto de vista de cuál habría sido la mejor política en materia de ordenación catastral así como

las medidas individuales más adecuadas en los asuntos referidos a esta cuestión (...) Al haber sido adoptadas de manera directa y permanente con las fuerzas vivas de cada país, las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que una jurisdicción internacional para evaluar las necesidades y el contexto locales. Las autoridades nacionales gozan, en principio, de un amplio margen de apreciación en la medida en que el ejercicio de un poder discrecional, que comprende una multitud de factores locales, resulta inherente a la elección y a la aplicación de las políticas de ordenación catastral»⁸⁵.

Y más adelante el propio Tribunal Europeo, con el fin de resolver la cuestión planteada en la referida segunda sentencia *Hatton c. Reino Unido*, introduce una precisión de gran importancia en virtud de la cual:

“Los Estados miembros deben tener en cuenta la protección del medio ambiente cuando actúan en el marco de su margen de apreciación y el Tribunal debe examinar la cuestión de si tal margen ha sido o no desbordado por los Estados miembros; sin embargo, no es procedente que el Tribunal adopte en esta materia una perspectiva particular que conduzca al establecimiento de un estatuto especial que fuese aplicado a los derechos medioambientales del hombre”⁸⁶.

En esta segunda *sentencia Hatton c. Reino Unido*, aunque el Tribunal Europeo revoca la jurisprudencia de la primera, que era mucho más generosa desde el punto de vista material examinado, insiste en la dimensión procedimental de la protección del medio ambiente condenando en este caso el incumplimiento del Reino Unido:

85 TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido* (recurso nº 36022/1997, §§ 97 a 101).

86 TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido*, ya citada, § 122; la última frase en el original francés tiene este tenor: «mais il ne serait pas indiqué que la Cour adopte en la matière une démarche particulière tenant à un statut spécial qui serait accordé aux droits environnementaux de l'homme».

“Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales del litigio, el Tribunal constata que cuando corresponde a un Estado resolver cuestiones complejas de política medioambiental y económica, lo que era el caso, el procedimiento de toma de decisiones debe comportar necesariamente la realización de investigaciones y de estudios apropiados, de modo que permitan establecer un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes que están en juego. De modo que resulta que las decisiones deben ser adoptadas a la vista de datos exhaustivos y verificables respecto de los distintos aspectos que plantea la cuestión que se debe resolver”⁸⁷.

No obstante, tanto la sentencia previa de la Sala como el voto particular suscrito por 5 jueces, ponen de manifiesto que esta sentencia de la Gran Sala, y por tanto definitiva, significa una contención a la jurisprudencia desarrollada hasta el momento. En este sentido, los jueces disidentes manifestaron en un voto particular muy consistente:

“El Convenio protege al individuo contra los abusos de poder directos de las autoridades del Estado. Generalmente, el aspecto medioambiental de los derechos fundamentales del individuo no está amenazado por injerencias directas del Estado. Indirectamente, sin embargo, la cuestión que se plantea a menudo consiste en saber si el Estado ha adoptado o no las medidas necesarias para proteger la salud y la vida privada. Aun cuando así lo haya hecho, puede existir una injerencia directa cuando, como ocurre en este supuesto, se autoriza el funcionamiento de un aeropuerto supeditándolo al cumplimiento de determinadas condiciones. La amplitud de la injerencia directa admisible por parte del Estado y las obligaciones positivas a las que está vinculado son difíciles de determinar en estas situaciones, pero estas dificultades no deben reducir

87 TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido*, antes citada, § 128.

la protección global que los Estados están obligados a asegurar en virtud del artículo 8⁸⁸.

En todo caso la necesaria vinculación del medio ambiente vulnerable debe estarlo en relación con los derechos consagrados en el Convenio Europeo, es decir, los derechos de la persona. Así queda de manifiesto en la sentencia de 22 de mayo de 2003, *Kyrtatos c. Grecia*, donde el Tribunal Europeo desestima la demanda que se fundaba en la vulneración de los derechos del artículo 8.1 del Convenio. En este supuesto los demandantes eran propietarios de una vivienda y de un terreno cercanos a la costa en la isla griega de Tinos y alegaban que las actuaciones urbanísticas consistentes en la construcción de apartamentos, de un aparcamiento y de una carretera, habían destruido un humedal contiguo a su propiedad lo que supuso la pérdida de toda su belleza y representó ataques al medio ambiente causados por la polución sonora y luminosa de las actividades. Sin embargo, el Tribunal Europeo no constató la violación del derecho invocado por estas razones:

“Por lo que se refiere a la primera parte del motivo de impugnación de los recurrentes, el Tribunal de Justicia subraya que, de acuerdo con su jurisprudencia reiterada, los atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarla de disfrutar de su domicilio de modo que perjudique su vida privada y familiar sin que, no obstante, ponga en grave peligro la salud del interesado (*López Ostra c. España* sentencia de 9 de diciembre de 1994, serie A nº 303-C, pp. 54-55, § 51). No obstante, el elemento crucial que permite determinar si, en las circunstancias de un caso particular, los atentados al medio ambiente constituyen una violación de uno de los derechos protegidos por el apartado 1 del artículo 8, es la existencia de un efecto perjudicial («*effet néfaste*»/«*harmful effect*») en la esfera privada o familiar de una

88 TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton c. Reino Unido*, ya citada, voto particular, apartado 6.

persona y no simplemente la degradación general del medio ambiente. **Ni el artículo 8 ni ninguna de las demás disposiciones del Convenio garantizan específicamente una protección general del medio ambiente en tanto que tal y, en cambio, otros instrumentos internacionales y legislaciones internas están más adaptados cuando se trata de abordar este aspecto particular.**

En el caso concreto, aun suponiendo que las ordenaciones urbanas efectuadas en la zona hayan tenido graves repercusiones en el medio ambiente, los recurrentes no han presentado prueba alguna convincente que demuestre que el perjuicio que se causó a las aves y a otras especies protegidas que viven en el humedal fuese de tal naturaleza que afectase directamente a sus propios derechos garantizados en el artículo 8.1 del Convenio. Así hubiese sido, por ejemplo, en el supuesto de que los daños al medio ambiente denunciados hubiesen producido la destrucción de una zona forestal próxima a la vivienda de los recurrentes, situación que habría podido afectar más directamente su propio bienestar. **En conclusión, el Tribunal no puede admitir que la injerencia en las condiciones de la vida animal en el humedal perjudicase la vida privada o familiar de los recurrentes.**

Por lo que se refiere a la segunda parte del motivo de impugnación, el Tribunal considera que los perjuicios derivados de la proximidad de los recurrentes y que resultan de las ordenaciones urbanísticas en la zona (ruidos, luces, etc.) no han alcanzado un grado de gravedad suficiente para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 8⁸⁹.

Pero también en este supuesto en su voto disidente el juez V. Zagrebelsky manifestó su disconformidad puntualizando que «si bien no hay duda de que el medio ambiente no está protegido como tal por el Convenio, al mismo tiempo tampoco hay duda de que la

89 TEDH, sentencia de 22 de mayo de 2003, *Kyrtatos c. Grecia* (recurso nº 41666/1998, §§ 52 a 54).

degradación del medio ambiente podría constituir una violación de un derecho específico reconocido por el Convenio»⁹⁰.

El Tribunal Europeo ha vuelto a poner de manifiesto la errónea interpretación mantenida en España tanto por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia como por el Tribunal Constitucional en cuanto se refiere a la defensa del derecho al medio ambiente. En su sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España*, el Tribunal Europeo sostiene:

“El Tribunal ha declarado aplicable el artículo 8 en el asunto Powell y Rayner c. Reino Unido- (sentencia de 21 de febrero de 1990, serie A n° 172, § 40), porque «el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow había reducido la calidad de la vida privada y las comodidades del hogar (de cada uno) de los recurrentes». En el asunto López Ostra c. España, antes citado, relativo a la contaminación por ruidos y olores de una estación depuradora, el Tribunal consideró que «los atentados graves al medio ambiente puede afectar el bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio hasta el punto de perjudicar su vida privada y familiar sin que se ponga necesariamente en grave peligro la salud de la interesada». En el asunto Guerra y otros c. Italia (sentencia de 19 de febrero de 1998, *Recopilación de las sentencias y decisiones* 1998-I, § 57), el Tribunal observó que «la incidencia directa de las emisiones (de sustancias) nocivas en el derecho de los recurrentes por lo que se refiere a su vida privada y familiar permitía concluir que el artículo 8 era aplicable». Finalmente, en el asunto Surugiu c. Rumanía (n° 48995/99, de 20 de abril de 2004), referido a diversas actuaciones “como la consistente en que entrasen terceras personas en el patio de la casa del recurrente y esparciesen varios carros de abono ante la puerta y bajo las ventanas de la casa”, el Tribunal estimó que estas actuaciones constituían injerencias repetidas en el ejercicio por el recurrente de su

90 TEDH, sentencia de 22 de mayo de 2003, *Kyrtatos c. Grecia*, ya citada, voto disidente de V. Zagrebelsky.

derecho al respeto de su domicilio, por lo que consideró que el artículo 8 del Convenio era aplicable.

Si el artículo 8 tiene por finalidad esencial proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede exigir, asimismo, la adopción por los poderes públicos de medidas que permitan la protección de los derechos garantizados por este artículo incluso en las relaciones entre los propios particulares (véase, entre otros, *Stubbings y otros c. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, *Recopilación de las sentencias y decisiones* 1996-IV, pp.1505, § 62; *Surugiu c. Rumanía*, antes citada, § 59). Los principios aplicables son muy similares tanto si se enjuicia el asunto bajo la perspectiva de una obligación positiva, a cargo del Estado, de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que los recurrentes pueden hacer valer en virtud del artículo 8.1, como si se trata de una injerencia de una autoridad pública que deba justificarse al amparo del artículo 8.2. En los dos supuestos, es necesario tener en cuenta un justo equilibrio con el fin de conciliar los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto. Además, incluso en el supuesto de obligaciones positivas que derivan del artículo 8.1, los objetivos enumerados en el artículo 8.2 pueden desempeñar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio deseado (véase *Hatton y otros c. Reino Unido*, antes citado, § 98).

El Tribunal recuerda su jurisprudencia conforme a la cual **el Convenio pretende proteger «derechos concretos y efectivos» y no «teóricos o ilusorios»** (véase, entre otros, *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, sentencia de 24 de junio de 1993, serie A n° 260-B, § 42)⁹¹.

Si bien esta creatividad del Tribunal Europeo ha sido objeto de críticas, esto no ha impedido que los demás tribunales nacionales y de la Unión Europea se hayan alineado con esta jurisprudencia⁹².

91 TEDH, sentencia de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España* (recurso n° 4143/2002), §§ 54 a 56).

92 David Ordóñez Solís, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad (derechos sociales, medio ambiente y consumidores)*, Comares,

Y, prácticamente en los mismos términos, se puede señalar que la actuación del Tribunal Europeo construye una doctrina jurisprudencial europea sobre todos y cada uno de los derechos fundamentales consagrados en el Convenio Europeo que, por lo demás, son acogidas del modo más diverso⁹³.

Por esa razón resulta apropiada la reiterada doctrinal del Tribunal Europeo en virtud de la cual considera, por ejemplo en la sentencia de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía*, que «el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, tal como ha sido firmemente reconocido en su jurisprudencia (véase, entre otras, la sentencia de 25 de abril de 1978, *Tyrer v. Reino Unido*, serie A n.º. 26, pp. 15-16, § 31). Enfoque que, a juicio de este Tribunal, no se limita a las disposiciones normativas del Convenio sino que también se aplica a sus procedimientos de control (artículos 25 y 46 del Convenio). De lo que se deduce que estas disposiciones no pueden interpretarse únicamente de conformidad con las intenciones de sus autores tal como fueron expresadas hace ya más de cuarenta años»⁹⁴.

Granada, 2006, pp. 38-39.

- 93 Precisamente una de las sentencias más controvertidas en el ámbito interno, en este caso en Alemania, ha sido la sentencia de 24 de junio de 2004, *Carolina von Hannover c. Alemania* (recurso n.º 59320/2000) en la que el Tribunal Europeo constata la vulneración del derecho a la vida privada y familiar; a tal efecto, el Tribunal Europeo considera que «el elemento determinante, a la hora de ponderar la protección de la vida privada y de la libertad de expresión debe radicar en la contribución que las fotografías y los artículos publicados aporte al debate de interés general. Ahora bien, es preciso reconocer que en este supuesto no existe tal contribución, dado que la recurrente no realiza funciones oficiales y las fotografías y los artículos controvertidos se refiere exclusivamente a detalles de su vida privada» (§ 76). Y prácticamente en términos aún más agrios se recibió en España la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo, de 21 de octubre de 2013, del *Río Prada c. España*, recurso n.º 42750/09, personalizando la crítica en el juez español del Tribunal de Estrasburgo, Luis López Guerra, cuando, en realidad, la cuestión jurídica era mucho más sencilla y todo parece indicar que el tiempo ha dado la razón a la «condena» de Estrasburgo.
- 94 TEDH, sentencia de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía* (recurso n.º 15318/1989, § 71).

CAPÍTULO 4. La protección judicial de los derechos humanos en la Unión Europea: Tribunales nacionales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

David Ordóñez Solís

El desarrollo y la prosperidad en la Europa de la segunda mitad del siglo XX están vinculados al proceso de integración europea. Se trata de un proceso histórico que se ha desarrollado paulatinamente en torno a objetivos de carácter fundamentalmente económico, la realización del mercado común y más tarde la moneda única; pero también alrededor de objetivos de carácter político plasmados en la constitución desde 1992 de la Unión Europea. No obstante, en ambos casos el fenómeno de la construcción europea se basa en un concepto especial de integración jurídica y de protección de los derechos fundamentales que ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo⁹⁵.

95 Giulio Iltzovich, "Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale", *Diritto pubblico* n° 3/2005, pp. 749-785, se refiere a la importancia del concepto de 'integración jurídica'.

Por esa razón será conveniente examinar la evolución histórica habida en cuanto a la protección de los derechos humanos en la integración europea; asimismo, en estos momentos es relevante determinar el alcance de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en 2000 y en vigor, con algunos retoques en 2007, a partir del 1 de diciembre de 2009. Por último, es preciso referirse a las consecuencias para la protección de los derechos fundamentales que derivan de la concurrencia de los Tribunales nacionales, del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.1 La protección judicial de los derechos humanos en la Unión Europea: de la integración económica a la integración política

Prácticamente en las dos primeras décadas de la integración europea las Comunidades Europeas se volcaron en la realización del mercado común por eso no es de extrañar que el Tribunal de Justicia comunitario, si bien empezó a desarrollar los principios del efecto directo (1963) y de la primacía (1964) del Derecho comunitario, no considerase necesario abordar la cuestión relativa a la protección de los derechos fundamentales.

No obstante, el Tribunal de Justicia con el fin de proteger precisamente la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario y presionado por los tribunales nacionales, especialmente por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, históricamente muy sensibles a todo lo vinculado a los derechos humanos, elaboró una jurisprudencia específica sobre los derechos fundamentales concebidos como principios generales del Derecho comunitario europeo y concretados específicamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Justicia ha deducido de la propia integración comunitaria, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los ordenamientos constitucionales nacionales una serie de

principios generales que son esenciales para el Derecho de la Unión Europea y del mismo modo ha constatado la existencia de unos derechos fundamentales comunes.

Por lo que se refiere a los principios que derivan de la naturaleza misma de los Tratados comunitarios destacan la igualdad, la unidad, la libertad y la solidaridad en el mercado común o interior europeo, etc.; y los principios que son comunes a los Derechos nacionales, que derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos, son la base de todo Estado de Derecho y se identifican con los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de proporcionalidad, de buena fe, *'non bis in idem'*, etc.

En el caso de los derechos humanos el Tribunal de Justicia ha ido reconociéndolos evolutivamente y matizando su fuente de inspiración y su alcance.

Así, en 1969 el Tribunal de Luxemburgo tenía en cuenta «*los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario, de los que el Tribunal garantiza el respeto*».

Posteriormente en 1974 el Tribunal de Justicia declaró que «al asegurar la salvaguarda de estos derechos (fundamentales), ha de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los derechos de los Estados miembros y no puede, por tanto, arbitrar medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de estos Estados; que los instrumentos internacionales referentes a la protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido, pueden igualmente dar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario».

En 1978 el Tribunal confirmó que la protección de los derechos fundamentales forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza.

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia impulsó modificaciones en los Tratados constitucionales de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea.

En el Acta Única Europea de 1986 los Estados miembros se manifiestan *«decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social»*.

Del mismo modo el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, declara expresamente en el artículo F: *«la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario»*.

Ahora bien, estas reformas 'constitucionales' no suponen la adopción en ningún caso de un catálogo específico de derechos fundamentales hasta que en diciembre de 2000 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha hecho referencia a la evolución jurisprudencial y constitucional, tal como se aprecia, por ejemplo, en la sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento / Consejo*, que utiliza los siguientes razonamientos:

“Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los

instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. A este respecto el CEDH reviste un significado particular (véanse, en particular, la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 41; el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. p. I-1759, punto 33; las sentencias de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, apartado 37; de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 25; de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 71, y de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 33).

Por otra parte, según el artículo 6 UE, apartado 2, «la Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de principios generales del Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 31; de 18 de octubre de 1990, Dzodzi, C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763, apartado 68, y de 17 de febrero de 1998, Grant, C-249/96, Rec. p. I-621, apartado 44). Lo mismo sucede en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño antes mencionado, que, como el citado Pacto, vincula a todos los Estados miembros.

Respecto a la Carta, fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000. Aunque esta Carta no constituye un

instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»⁹⁶.

En algunos supuestos ha sido el reconocimiento inicial por el Derecho comunitario europeo de un derecho de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, el que ha evolucionado en manos del Tribunal de Justicia hasta convertirse en «un principio fundamental del Derecho comunitario, como es el de igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras»⁹⁷.

Pero también en otros supuestos, el Tribunal de Justicia ha hecho el juicio de ponderación entre principios fundamentales del Derecho de la Unión como son los principios económicos que vertebran la integración europea, por ejemplo las libertades económicas del mercado común, y los derechos humanos en cuanto principios también esenciales de la Unión.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, interpreta los derechos fundamentales controvertidos, tanto los reconocidos por el Convenio

96 TJCE, sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento / Consejo (recurso de anulación de la Directiva 2003/86/CE y el derecho de reagrupación de menores) (C-540/03, Rec. p. I-0000, apartados 35 a 38).

97 TJCE, sentencia de septiembre de 2003, *Steinicke* (C-77/02, Rec. p. I-2189, apartado 63).

Europeo –las libertades de expresión y de reunión– como el consagrado por el Tratado CE –la libre circulación de mercancías– y el Tribunal de Justicia ofrece el siguiente razonamiento:

El presente asunto plantea por tanto la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad con las que se derivan de una libertad fundamental consagrada por el Tratado y, más concretamente, la cuestión del alcance respectivo de las libertades de expresión y de reunión, garantizadas por los artículos 10 y 11 del CEDH, y de la libre circulación de mercancías, cuando las primeras se invocan como justificación de una restricción a la segunda.

A este respecto, hay que observar, por un lado, que si bien la libre circulación de mercancías constituye uno de los principios fundamentales en el sistema del Tratado, en determinadas circunstancias puede ser objeto de restricciones por las razones enumeradas en el artículo 36 del mismo Tratado o en concepto de exigencias imperativas de interés general reconocidas conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, «*Cassis de Dijon*» (120/78, Rec. p. 649).

Por otro lado, si bien los derechos fundamentales controvertidos en el asunto principal están expresamente reconocidos por el CEDH y constituyen fundamentos esenciales de una sociedad democrática, del propio texto del apartado 2 de los artículos 10 y 11 de dicho Convenio resulta sin embargo que las libertades de expresión y de reunión pueden ser también objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, en la medida en que dichas excepciones estén previstas por la ley, respondan a una o más finalidades legítimas con arreglo a dichas disposiciones y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una

necesidad social imperiosa y, en particular, proporcionadas a la finalidad legítima perseguida (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de junio de 1997, Familia-press, C-368/95, Rec. p. I-3689, apartado 26, y de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p. I-6279, apartado 42, así como TEDH, sentencia Steel y otros contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, § 101).

Por tanto, los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen -contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción- prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido por tales restricciones, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania, C-62/90, Rec. p. I-2575, apartado 23, y de 5 de octubre de 1994, X/Comisión, C-404/92 P, Rec. p. I-4737, apartado 18)⁹⁸.

Las sucesivas ampliaciones de competencias asumidas por las Comunidades Europeas y la Unión Europea han puesto de manifiesto la importancia de contar con un denominador común en materia de derechos fundamentales para toda la Unión. Tal ha sido el caso de las nuevas competencias atribuidas en los denominados pilares intergubernamentales de la Unión Europea, especialmente en el relativo a los Asuntos de Justicia e Interior (JAI).

98 TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659, apartados 74, 75, 77 a 80).

En efecto, este nuevo pilar de la Unión Europea adoptado por el Tratado de Maastricht y gran parte del cual se ha 'comunitarizado' representa un ámbito especialmente propicio para la aplicación de los derechos fundamentales. Incluso en lo que quedaba de este pilar intergubernamental, la 'Cooperación en materia policial y judicial penal' la aplicación de los derechos fundamentales resultaba esencial. Sobre tales ámbitos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia y, por ejemplo, en la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, y lo ha puntualizado apropiadamente al señalar a requerimiento del Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia:

"Por otra parte, en virtud del artículo 6 UE, apartado 2, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho.

Por tanto, la Decisión marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del Convenio y se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Suponiendo que el recurso al incidente de práctica anticipada de la prueba y la audición según las formas particulares previstas por el Derecho italiano sean posibles en el caso de autos, habida cuenta de la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional, corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que la aplicación de dichas medidas no pueda hacer que el proceso penal contra la Sra. Pupino, considerado en su conjunto, no sea equitativo en el sentido del artículo 6 del Convenio, tal y como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [véanse, en particular, las sentencias del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2001, P.S. c. Alemania; de 2 de julio de 2002, S.N. c. Suecia (*Reports of Judgments and Decisions 2002-V*); de 13 de febrero de 2004, Rachdad c. Francia, y resolución de 20 de enero de 2005, Accardi y otros c. Italia, demanda n° 30598/02].

A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco⁹⁹.

De este modo la vinculación de la Unión Europea a la protección de los derechos fundamentales se ha desarrollado primero jurisprudencialmente, a continuación se ha plasmado en los textos constitucionales de la Unión y, nuevamente, son los Tribunales de la Unión los encargados de su interpretación y desarrollo.

4.2 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa

La ingeniosa doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de asimilar los derechos fundamentales a los principios generales del Derecho y la deducción de los mismos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ha sido sustituida por la aplicación de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

99 TJCE, sentencia de de 16 de junio de 2005, Maria Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285, apartados 58 a 61).

incorporado por el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

A partir de este momento la Unión Europea cuenta con un catálogo específico de derechos fundamentales que está vigente y es vinculante¹⁰⁰.

La proclamación por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de la Carta de derechos fundamentales, adoptada por el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, constituyó un hito en la integración europea.

La Carta fue elaborada mediante una convención en la que participaron representantes de los Estados miembros de la Unión Europea y de sus instituciones. Ahora bien, la Carta fue proclamada únicamente por las instituciones de la Unión Europea y se publicó, a mero título informativo, en la serie C del *Diario Oficial de la Unión Europea*¹⁰¹.

La consagración en el Tratado de Maastricht en 1992 de la ciudadanía de la Unión es, sin duda, el antecedente más directo de la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de 2000. En este sentido, el preámbulo de la Carta de 2000 se refiere expresamente a su fundamento último: «**la Unión** [...] al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, **sitúa a la persona en el centro de su actuación**».

Después de los referendos negativos en Francia (29 de mayo de 2005) y en los Países Bajos (1 de junio de 2005) el Proyecto de Constitución europea fue abandonado y lo que se pudo rescatar del naufragio fue asumido por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007.

100 Andrea Cardone, "Tutela dei diritti, Costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato", *Diritto Pubblico* n° 2/2005, pp. 365-425.

101 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE n° C 364, de 18 de diciembre de 2000, p. 1).

Precisamente, el 12 de diciembre de 2007 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaban solemnemente la nueva versión de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 la Carta empezó a desplegar plenos efectos jurídicos vinculantes, tal como ha reconocido profusamente desde entonces la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La Carta se publicó en España en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007¹⁰². El último texto de la Carta se publica conjuntamente con las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰³.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión resulta una síntesis de los documentos europeos anteriores, en especial tal como se cita expresamente en su Preámbulo, «el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa». No obstante, esta Carta tiene una particularidad especialmente destacada al superar la tradicional división entre derechos políticos y civiles “contenidos, por ejemplo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y que, por tanto, están dotados de un sistema reforzado de protección jurisdiccional” y los derechos sociales, económicos y culturales “formulados por la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961 o en la propia Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 y cuya aplicación judicial, al no contar con procedimientos de control de tal naturaleza, no ha pasado de ser testimonial”.

102 BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008.

103 DOUE n° C 202 de 7.6.2016, p. 389.

De este modo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión supone una superación de la protección gradual de los derechos fundamentales y, en definitiva, revela que el Estado de Derecho en el que se inspira la Unión Europea se corresponde con un estadio avanzado del mismo: ya no es propiamente el Estado de Derecho liberal, característico del siglo XIX; ni siquiera el Estado social de Derecho de la segunda mitad del siglo XX; sino que parece ser más ambicioso y reflejar lo que se ha calificado como Estado de Derecho democrático. El catálogo de los derechos fundamentales se agrupan en torno a los siguientes valores: la dignidad humana, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia.

Por una parte, los derechos relativos a la *dignidad humana* representan una conquista propia de la etapa de Estado de Derecho liberal (artículos 1 a 5), así como gran número de libertades como el respeto de la vida privada y familiar (artículo 7), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 10), libertad de expresión y de información (artículo 11); también se incluirían los derechos más vinculados a la *justicia* como la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa, legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, *non bis in ídem*, tal como se recogen en los artículos 47 a 50 de la Carta.

También a lo largo de la Carta de los Derechos Fundamentales se identifican los derechos fundamentales más característicos del Estado social de Derecho, tal como se contienen, en especial en el título relativo a la *igualdad*, como es el caso de la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23), los derechos del niño, de las personas mayores y de las personas discapacitadas (artículos 24 a 26); y, desde luego los contenidos en el título relativo a la *solidaridad* en relación con el derecho a la información y consulta de los trabajadores, la negociación colectiva, el acceso a los servicios de colocación, protección contra el despido injustificado, la vida familiar y profesional, la seguridad social y la ayuda social, la protección de la salud, la protección del medio ambiente y de los consumidores.

Por último, también pueden identificarse derechos propios de la Unión Europea y de una mejora en la participación ciudadana que podrían delinear lo que significa el Estado democrático de Derecho. Y así se puede deducir del título relativo a la *ciudadanía* y que se refiere al derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, la libre circulación y residencia, la protección diplomática y consular, etc.

El proyecto de Tratado de 29 de octubre de 2004 por el que se establece una Constitución para Europa pretendía la constitucionalización de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión al reproducirla en su parte II y autorizar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tales progresos constitucionales se contenían en el artículo 1-9, cuyo apartado 1 disponía: «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II*». Asimismo, en el apartado 2 se disponga: «*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución*».

No obstante, la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales en el Tratado constitucional europeo se hizo a cambio de debilitar su aplicación judicial plena lo que se ha traducido, básicamente, en la distinción entre derechos y principios, en la introducción de límites nuevos en el tenor de la propia Carta de 2000 "lo que supuso la adición de pequeños pero elocuentes retoques" y en el sometimiento del texto resultante a una pretendida interpretación auténtica que ofrecían los mismos redactores del Tratado constitucional.

Estas limitaciones son visibles en la adición que sufrió la Carta de 2000 con tres nuevos párrafos en el artículo 55, cuyo tenor fue el siguiente:

"4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta".

Se trataba, en síntesis, de límites reiterados a la evolución expansiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por una parte se intenta que las tradiciones constitucionales de los Estados miembros actúen como límite; y, por otra, se procuraba traducir en la interpretación judicial la distinción previa entre derechos y principios que, en esencia, supondría que sólo los derechos tendrían efecto directo mientras que los principios tendrían naturaleza simplemente programática.

Pero es que, además, en cuanto se refiere a la interpretación auténtica de la Carta incluida en el proyecto de Tratado constitucional, se añadió un nuevo párrafo 7 al artículo 55 de la Carta que, por lo que parece, pretendía atar cualquier evolución futura de la interpretación judicial al disponer:

"Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros".

La naturaleza de las *Explicaciones*, contenidas en la Declaración nº 12 aneja a la Constitución europea, no está bien definida; en la referida Declaración se puntualiza que «*si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta*».

Al naufragar la ratificación del proyecto de Tratado constitucional, el Tratado de Lisboa de 2007 asumió, en particular, la nueva redacción de la Carta, con las matizaciones introducidas en la convención reunida para adoptar el Tratado constitucional, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Así pues, al contar con un catálogo específico y propio de los derechos fundamentales, como es la Carta, y sin perder la perspectiva de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, la Unión Europea no puede concebirse más que un espacio donde los derechos fundamentales gozan de la más amplia protección jurisdiccional¹⁰⁴.

En sus sentencias posteriores al 1 de diciembre de 2009 el Tribunal de Justicia reconoce, ya sin duda alguna, como señala la *sentencia Küçükdeveci*, el 19 de enero de 2010, refiriéndose a la discriminación por razón de la edad de una trabajadora, que «la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados» (apartado 22)¹⁰⁵.

En 2010 la *sentencia DEB* permite que el Tribunal de Justicia enfatice: «En materia de derechos fundamentales, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, debe tomarse en consideración la Carta, la cual tiene, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado

104 Gregorio Cámara Villar, "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* nº 4, julio-diciembre de 2005, pp. 9-42, agrupa en torno a las siguientes funciones el reconocimiento por la Unión Europea de los derechos fundamentales: función fundamentadora y legitimadora, función inspiradora y orientadora, función protectora de todas las personas y función de control y de defensa de la propia UE.

105 TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21.

1, párrafo primero, 'el mismo valor jurídico que los Tratados'. El artículo 51, apartado 1, de dicha Carta establece, en efecto, que sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión» (apartado 30). Esto supone que a la hora de interpretar el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como ha sido consagrado por el artículo 47 de la Carta, el Tribunal de Justicia puntualice que debe hacerlo: «en su contexto, a la luz de las demás normas del ordenamiento de la Unión, del Derecho de los Estados miembros y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (apartado 37)¹⁰⁶.

En 2011 la *sentencia Association Belge des Consommateurs Test-Achats*, a preguntas de la Corte constitucional belga sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a la hora de suscribir un seguro, el Tribunal de Justicia invoca el artículo 6 TUE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta, «que, desde el 1 de diciembre de 2009, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados» (apartado 16)¹⁰⁷.

En este caso, precisamente, el Tribunal de Justicia anula el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro en la medida en que permitía extender indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres por ser incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta.

En 2013 a partir de la *sentencia Åkerberg Fransson* el Tribunal de Justicia empieza a desvincularse del Convenio Europeo de Derechos Humanos y le recuerda al juez sueco, que le había remitido una cuestión prejudicial sobre la aplicación del principio *non bis in idem* en materia fiscal: «el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe

106 TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811.

107 TJUE (Gran Sala), sentencia de 1 de marzo de 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats* y otros, C-236/09, EU:C:2011:100.

deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional» (apartado 44)¹⁰⁸.

En 2015 la *sentencia Léger* responde al Tribunal administrativo de Estrasburgo que planteaba una espinosa cuestión sobre la prohibición de la donación de sangre de Geoffrey Léger que había sido rechazada por su médico basándose en una Orden ministerial francesa por el riesgo de exposición del donante a un agente infeccioso transmisible por vía sexual y que establece una contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de haber tenido relaciones sexuales entre hombres¹⁰⁹.

En su examen el Tribunal de Justicia analiza si una contraindicación permanente para la donación de sangre respeta el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que prohíbe toda discriminación por razón de orientación sexual, como una expresión particular del principio de igualdad de trato, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, consagrado en el artículo 20 de la Carta.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia subraya: «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Además, según la misma disposición, solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (apartado 52). Finalmente, el Tribunal de Justicia parece inclinarse por considerar que la legislación francesa no es contraria en estos momentos al Derecho de la Unión (apartado 69).

108 TJUE (Gran Sala), sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105.

109 TJUE, sentencia de 29 de abril de 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288.

En 2017, en la *sentencia Florescu*, referida a la conformidad de la legislación rumana que limita el cobro de pensiones de jubilación de los jueces, el Tribunal de Justicia determina las siguientes reglas interpretativas¹¹⁰.

En primer lugar, «el ámbito de aplicación de la Carta, por lo que se refiere a la acción de los Estados miembros, se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» (apartado 44).

Esta regla es quizá la más fácil de comprender en la medida en que la Carta se aplica únicamente cuando hay una competencia o regulación europea, tal como se deduce de los Tratados constitutivos o del Derecho derivado. En cambio, no procede la aplicación de la Carta a ámbitos regulados en exclusiva por el Derecho nacional, sin ningún aspecto vinculado al Derecho de la Unión Europea.

En segundo lugar, al interpretar el derecho de propiedad el Tribunal de Justicia tiene en cuenta el artículo 17 de la Carta que lo consagra pero también recurre al Convenio Europeo y a la jurisprudencia de Estrasburgo.

Por una parte, el Tribunal de Justicia recuerda expresamente que «para determinar el alcance del derecho fundamental al respeto de la propiedad, es preciso tener en cuenta, a la luz del artículo 52, apartado 3, de la Carta, el artículo 1 del Protocolo adicional nº 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que consagra este derecho» (apartado 49). Por otra parte, el Tribunal de Justicia cita expresamente varias sentencias del Tribunal Europeo (apartados 50 y 56).

110 TJUE (Gran Sala), sentencia de 13 de junio de 2017, Eugenia Florescu y otros, C-258/14, EU:C:2017:448.

Y, por último, el Tribunal de Justicia vuelve sobre su propia jurisprudencia para concluir que la legislación rumana que prohíbe acumular la pensión neta de jubilación de los jueces con los ingresos obtenidos por actividades docentes en el seno de instituciones públicas si el importe de dicha pensión neta supera un determinado umbral no vulnera el derecho de propiedad consagrado por la Carta.

En 2018 el Tribunal de Justicia ha recogido en la *sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses* una loa a la independencia judicial basándose en que «la existencia misma de un control judicial efectivo para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión es inherente a un Estado de Derecho» (apartado 34). Pero también, a juicio del Tribunal de Justicia, «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, al que se refiere el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, constituye, en efecto, un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta» (apartado 35)¹¹¹.

La *sentencia Coman* ofrece un ejemplo muy significativo de la interpretación de los derechos fundamentales en la Unión. En este caso el Tribunal Constitucional rumano remitió a Luxemburgo la cuestión prejudicial que tiene su origen en la pretensión de residir en Rumanía de una pareja formada por un rumano y un estadounidense que habían consolidado su relación y se habían casado en Bélgica. La Administración rumana no reconoció que el estadounidense fuese cónyuge del ciudadano rumano y le

111 TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

denegó el derecho a la residencia porque el Código civil rumano prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo¹¹².

En primer lugar, el Tribunal de Justicia deja clara la competencia de cada Estado para legislar sobre el matrimonio de modo que tienen la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo y a continuación subraya la importancia esencial de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y de sus familias y del respeto al derecho a la vida privada y familiar. Aplicando por analogía el Derecho de la Unión, llega a la conclusión de que el concepto de «cónyuge» es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate.

En segundo lugar, la libertad de las autoridades nacionales para legislar en materia de matrimonio está limitada por el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros.

La sentencia admite restricciones fundadas en razones de orden público y en el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a sus estructuras políticas y constitucionales fundamentales. Sin embargo, en este caso no concurren razones de orden público porque no existe una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Y tampoco se afecta negativamente a la institución del matrimonio dado que los Estados miembros están obligados a reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado con el fin únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado.

Por tanto, no atenta contra la identidad nacional la obligación de las autoridades rumanas de reconocer el matrimonio contraído en

112 TJUE, (Gran Sala), sentencia de 5 de junio de 2018, Coman y otros, C-673/16, EU:C:2018:385.

Bélgica con el fin de conceder un derecho de residencia derivado de la ciudadanía europea del nacional rumano en beneficio nacional estadounidense.

Por último, el Tribunal de Justicia apunta que una medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas solo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la Carta, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

Ahora bien, el derecho al respeto de la vida privada y familiar que garantiza el artículo 7 de la Carta es fundamental para determinar el concepto de cónyuge contenido en la Directiva 2004/38/CE y, de hecho, la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de «vida privada» y en el de «vida familiar» del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación.

4.3 La concurrencia de los Tribunales nacionales, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La existencia de los más diversos textos constitucionales o cuasi-constitucionales y la encomienda de su protección efectiva a distintos tribunales, sean nacionales o supranacionales europeos, ha producido una concurrencia en la interpretación y en la aplicación de los derechos fundamentales de gran interés. Por una parte, la consecuencia más evidente y desde luego ineluctable de la concurrencia de tribunales es su competencia, por lo general discreta, por imponerse unos tribunales a otros; pero, por otra parte, esta situación de concurrencia conduce inevitablemente a un diálogo enriquecedor entre los tribunales, especialmente entre los tribunales nacionales y supranacionales, que contribuyen a perfilar colectivamente unos derechos fundamentales para la sociedad europea.

De hecho, puede observarse la influencia entre tribunales que no guardan ninguna vinculación jurídica y así el Tribunal Europeo se refiere expresamente a la jurisprudencia de los Tribunales Supremos de Canadá o de Estados Unidos de América¹¹³ y, como ya hemos visto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha construido expresamente a partir de 1974 en atención a la doctrina desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.3.1 La protección concurrente de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El ejemplo paradigmático lo constituyen las actitudes de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano autoproclamándose defensores de los derechos fundamentales en tanto que el Tribunal de Justicia comunitario no ofreciese una protección efectiva de tales derechos fundamentales. La más conocida evolución de esta jurisprudencia constitucional la ofrece el Tribunal Constitucional federal alemán que, a efectos didácticos, podemos reducir a sus cuatro decisiones más significativas: *Solange I* (1974), *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993) y *Lisboa* (2009).

En la sentencia de 24 de mayo de 1974 el Tribunal Constitucional alemán declaró que era competente para controlar la constitucionalidad de actos de Derecho comunitario derivado que atentasen contra un derecho fundamental reconocido por la Constitución

113 Jean-François Flauss, "La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme* n° 62, 2005, p. 317, ha notado respecto del Tribunal Supremo estadounidense: «sólo recientemente –en realidad, hace menos de diez años– que la atención por el Tribunal Europeo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo [de los Estados Unidos] se ha convertido en una práctica visible, primero a través de los votos particulares de los jueces, y, después, en las sentencias del propio Tribunal Europeo».

alemana; este control se ejercía 'en tanto que' (*Solange I*) el ordenamiento comunitario no ofreciera tal protección.

En cambio, la sentencia de 22 de octubre de 1986 supone un giro significativo pues, a la vista de la jurisprudencia comunitaria europea, advierte que 'en tanto que' (*Solange II*) el ordenamiento comunitario asegure una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, el Tribunal alemán no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materias de aplicación del Derecho comunitario derivado.

Ya en el examen de la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, planteada a través de un recurso de amparo, el Tribunal alemán advirtió en su sentencia 12 de octubre de 1993 cómo «el Tribunal de Justicia garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso específico en todo el territorio de la Comunidad Europea, por lo cual el Tribunal constitucional federal se limita a una garantía general de los requisitos imprescindibles de los derechos fundamentales»; no obstante, el Tribunal alemán también reconoce que «ejerce su competencia jurisdiccional sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado en Alemania 'en cooperación' con el Tribunal comunitario europeo». En definitiva, el Tribunal Constitucional alemán mantiene una reserva de carácter general que, en tanto no se actualice, no afectará a la eficacia y aplicación uniforme del ordenamiento comunitario por el Tribunal de Justicia.

Al examinar la conformidad del Tratado de Lisboa con la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional Federal señaló en su *sentencia Lisboa* (2009): «El Tribunal Constitucional Federal ha suspendido su competencia general, que fue asumida originariamente, de revisar la aplicación del Derecho de la Comunidad Europea en Alemania frente al estándar de protección de los derechos fundamentales de la Constitución alemana en la confianza de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cumpliera esta función adecuadamente. Dada la posición de las instituciones de la

Comunidad, que no obstante deriva de tratados internacionales, el Tribunal Constitucional Federal reconocería el carácter final de las decisiones del Tribunal de Justicia solo 'en principio' (§ 337).

En todo caso el Tribunal Constitucional alemán terminó planteando en 2014 una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que resolvió mediante la *sentencia Gauweiler*, referida no a los derechos fundamentales sino a la política monetaria del Banco Central Europeo¹¹⁴.

El 18 de julio de 2017 el Tribunal de Karlsruhe ha planteado una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia también sobre los poderes del Banco Central Europeo en el marco de la Unión Económica y Monetaria europea¹¹⁵.

La *Corte Costituzionale* italiana también se había pronunciado en términos suficientemente claros desde la sentencia Frontini de 27 de diciembre 1973 y, particularmente, en la sentencia n° 170/84, de 8 de junio de 1984, Granital, al considerar que «*como garante de la Constitución, se reserva el poder de examinar la conformidad de las normas comunitarias con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables del ser humano*».

La aplicación de estos '*controlimiti*' establecidos por el Tribunal Constitucional italiano a la propia integración europea, si bien en un principio se presentaron como teóricos, en sentencias más recientes, como la *sentencia Fragd* de 21 de abril de 1989, se muestran como posibles, pero en modo alguno han supuesto una limitación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sino, más bien, un remedio frente a una eventual dejación de funciones del Tribunal de Luxemburgo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano no ha tenido ninguna duda al intentar corregir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia planteando nueva cuestión prejudicial. En su segunda

114 TJUE (Gran Sala), sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros, C-62/14, EU:C:2015:400.

115 TJUE, Weiss y otros, C-493/17, pendiente de resolver.

cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, la *Corte costituzionale* le planteó el problema de que el principio de legalidad de los delitos y las penas, tal como lo interpreta el ordenamiento jurídico italiano, garantiza un nivel de protección más alto que el resultante de la interpretación del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la *sentencia Taricco I* el Tribunal de Justicia, presidida la Gran Sala por V. Skouris, proclama prioritaria la lucha europea contra el fraude lo que suponía inaplicar la prórroga del plazo de prescripción porque no constituye una vulneración de los derechos garantizados por el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que no puede considerarse que esta disposición impida la ampliación de los plazos de prescripción cuando los hechos imputados no han prescrito¹¹⁶.

No obstante, en la *sentencia MAS y MB o Taricco II*, la Gran Sala estaba presidida por K. Lenaerts, y ha aceptado la argumentación del Tribunal Constitucional italiano y ha revisado y puntualizado su propia jurisprudencia en su *sentencia M.A.S. y M.B.*, C-42/17, conocida también como *sentencia Taricco II*¹¹⁷.

El Tribunal Constitucional italiano debía responder sendas cuestiones planteadas por la Corte de casación y por el Tribunal de Apelación de Milán que, de seguir la jurisprudencia *Taricco*, inaplicarían el plazo de prescripción previsto en el Código Penal y tendrían que condenar por el delito de asociación de malhechores para el contrabando de labores de tabaco extranjeras. El propio Tribunal Constitucional italiano expresa sus dudas sobre la compatibilidad de la mencionada solución con los principios superiores del ordenamiento constitucional italiano y con el respeto de los derechos inalienables de la persona.

116 TJUE (Gran Sala), sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco* y otros, C-105/14, EU:C:2015:555.

117 TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B. (Taricco II)*, C-42/17, EU:C:2017:936.

El Tribunal de Justicia modula la *sentencia Taricco* también de Gran Sala señalando: «corresponde al Tribunal de Justicia precisar, habida cuenta de las interrogantes que ha planteado el tribunal remitente respecto a este principio y que no habían sido puestas en su conocimiento en el asunto que dio lugar a la *sentencia Taricco*, la interpretación llevada a cabo por dicha sentencia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2».

En primer lugar, el Tribunal de Justicia reafirma su jurisprudencia conforme a la cual «las autoridades y tribunales nacionales están facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apartado 48).

Pero, en segundo lugar y a diferencia de lo que había expresado en la *sentencia Taricco*, el Tribunal de Justicia puntualiza: «Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión» (apartado 61).

En definitiva, el Derecho de la Unión Europea sigue vinculando al legislador nacional pero la vulneración de los derechos fundamentales constituye un límite insalvable incluso cuando lo que se pretende es garantizar la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

De alguna manera, el Tribunal de Justicia justifica su error de la *sentencia Taricco I*, tal como se lo expuso el Consejo constitucional italiano, subrayando que en esta primera sentencia había respondido teniendo en cuenta los términos en que le había preguntado el Tribunal de Cuneo, sin incluir cuestiones relativas a los derechos fundamentales y únicamente en relación con el sistema europeo del impuesto sobre el valor añadido.

4.3.2 *La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Desde que en 1974 significativamente Francia fuese el último Estado miembro de las Comunidades Europeas en ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos –y hasta 1981 no reconoció la competencia de la jurisdicción europea–, el Tribunal de Justicia ha reconocido la importancia decisiva que supone este Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo en la protección de los derechos fundamentales a la hora de aplicar el Derecho comunitario.

Las Comunidades Europeas intentaron la adhesión formal al Convenio Europeo y el reconocimiento de la competencia jurisdiccional del Tribunal Europeo. No obstante, hasta el Tratado de Lisboa no hubo una norma constitucional de la Unión Europea que autorizase tal adhesión.

El vigente artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, introducido por el Tratado de Lisboa, prevé: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Asimismo, el artículo 59.2 del Convenio Europeo, tal como resulta de su redacción dada por el Protocolo nº 14, en vigor el 1 de junio de 2010, señala: «La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio».

Como ya señaló el Tribunal de Justicia en 1996 la adhesión al Convenio Europeo comportará un cambio sustancial del régimen de protección de los derechos humanos dado que implica la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y supone la integración del conjunto de disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario, produciendo

consecuencias institucionales de alcance constitucional tanto para la Unión Europea como para sus Estados miembros¹¹⁸.

No obstante, ya se ha planteado ante el Tribunal Europeo el problema no tanto de la aplicación del Convenio Europeo en la Unión Europea sino el alcance de la responsabilidad por su vulneración en los Estados miembros. A tal efecto, el Tribunal Europeo ha establecido una jurisprudencia conforme a la cual si bien las instituciones y órganos de la Unión Europea no están vinculados directamente por las obligaciones del Convenio Europeo, dado que la Unión Europea no es parte del mismo, esto no impide reconocer la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación del Derecho de la Unión.

De este modo se podrá cumplir el mandato del artículo 6.3 TUE conforme al cual: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

El Tribunal Europeo ha establecido una jurisprudencia conforme a la cual, si bien las instituciones y órganos de la Unión Europea no están vinculados directamente por las obligaciones del Convenio Europeo, dado que la Unión Europea no es parte del mismo, esto no le impide reconocer la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación del Convenio Europeo.

En efecto, el Tribunal Europeo ha reconocido en su *sentencia Matthews c. Reino Unido* (1999), dictada a raíz de una demanda presentada contra el Reino Unido por una ciudadana residente en Gibraltar que no pudo participar en las elecciones al Parlamento

118 TJCE, dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 (falta de competencia para autorizar la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Rec. p. I-1759).

Europeo, que le correspondía, al menos indirectamente, el control sobre el Derecho comunitario europeo¹¹⁹.

La matización del Tribunal de Estrasburgo reconoce que los actos de la Comunidad Europea no pueden ser impugnados en cuanto tales ante el Tribunal, dado que la Comunidad propiamente no es Parte contratante; el Convenio no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre y cuando los derechos garantizados por el Convenio sigan siendo «reconocidos»; y, en fin, esta transferencia no hace que desaparezca la responsabilidad de los Estados miembros (§ 32).

De hecho, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de realizar un control directo de una sentencia dictada previamente por el Tribunal de Justicia en la *sentencia Bosphorus c. Irlanda* (2005)¹²⁰. Se discutía si se había vulnerado el derecho de propiedad por parte de Irlanda que había embargado dos aeronaves, propiedad de la compañía aérea serbia, que habían sido alquiladas por una empresa turca. El embargo se había hecho en aplicación de un Reglamento comunitario que se había dictado en cumplimiento de las sanciones de las Naciones Unidas contra Yugoslavia.

En este caso el Tribunal Europeo, si bien no admite un enjuiciamiento directo de los actos de la Unión Europea, se reserva el control sobre los actos de ejecución por los Estados miembros de las obligaciones derivadas de la integración supranacional.

El Tribunal Europeo concluye que no hay violación del derecho de propiedad por parte de Irlanda porque «la protección de los derechos fundamentales que ofrece el Derecho comunitario es y era en el momento en que se produjeron los hechos 'equivalente' [a] la que resulta asegurada por el mecanismo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, se puede presumir que Irlanda

119 TEDH, sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, recurso n° 24833/94.

120 TEDH, sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, recurso n° 45036/98.

no ha vulnerado las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio en la medida en que ha observado las obligaciones que derivan de su pertenencia a la Comunidad Europea» (§§ 154 a 156 y § 165).

En su *sentencia Michaud c. Francia* (2012), donde se cuestionaba si las obligaciones de denuncia impuestas a los abogados por las Directivas europeas contra el blanqueo de capitales eran conformes con el derecho a la vida privada, ha desarrollado esta jurisprudencia hasta el punto de establecer lo que el propio Tribunal Europeo denomina *presunción Bosporus*¹²¹.

En este caso, el Tribunal Europeo se refiere a la presunción de protección equivalente de los derechos fundamentales en la Unión Europea que se basa en dos condiciones: la ausencia de margen de maniobra para las autoridades nacionales y en el despliegue de todas las potencialidades del mecanismo de control previsto por el Derecho de la Unión Europea (§§ 113-115).

Sobre esta última condición, el Tribunal Europeo puntualiza que, aun cuando el acceso de los particulares al Tribunal de Justicia sea claramente más restringido que el previsto en el artículo 34 del Convenio para acceder al Tribunal de Estrasburgo, debe admitirse que, considerado en su conjunto, el mecanismo de control previsto por el Derecho de la Unión Europea asegura una protección comparable a la protección que ofrece el Convenio Europeo (§ 111). Y esto se debe, según el Tribunal de Estrasburgo, a que, en primer lugar, los particulares se benefician del control de las normas de la Unión Europea que se ejerce mediante los recursos de los Estados y de las instituciones de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia; y, en segundo lugar, porque cabe declarar un incumplimiento del Derecho comunitario por un Estado miembro acudiendo a las jurisdicciones nacionales que pueden activar el

121 TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, recurso n° 12323/11.

control del Tribunal de Justicia mediante el procedimiento del reenvío prejudicial.

Como en este caso los tribunales franceses no habían acudido al Tribunal de Justicia, el Tribunal Europeo enjuicia el asunto desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales para llegar a la conclusión de que no hubo violación alguna.

Por último, en la *sentencia Avotiņš c. Letonia* (2016), en la que se cuestiona la aplicación del principio de confianza recíproca impuesto por el *Reglamento Bruselas I* de reconocimiento y ejecución de decisiones civiles y mercantiles, el Tribunal Europeo subraya: «cuando las jurisdicciones de los Estados, que son a la vez parte en el Convenio Europeo y miembros de la Unión Europea, tienen que aplicar un mecanismo de reconocimiento mutuo establecido por el Derecho de la Unión, tal mecanismo resulta efectivo siempre que se compruebe una ausencia total de cualquier insuficiencia manifiesta de los derechos protegidos por el Convenio. En cambio, si se les somete una queja seria y detallada en la que se alegue que concurre una insuficiencia manifiesta de protección de un derecho garantizado por el Convenio y que el Derecho de la Unión Europea no permite remediar esta insuficiencia, los jueces nacionales no pueden renunciar a examinar tal queja por el solo hecho de que están aplicando el Derecho de la Unión» (§ 116)¹²².

En este caso, sin embargo, el Tribunal Europeo concluye reconociendo que la aplicación del *Reglamento Bruselas I* por el juez letón a requerimiento del juez chipriota no había vulnerado del derecho de defensa consagrado por el artículo 6.1 del Convenio Europeo.

Obviamente, la adhesión formal de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos permitiría un control efectivo y de última instancia por parte del Tribunal de Estrasburgo. Entre la cooperación y el conflicto que tales relaciones pueden producir, ha de

¹²² TEDH (GC), sentencia de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš c. Letonia*, nº 17502/07.

confiarse en que se imponga la única vía razonable, el diálogo entre ambos Tribunales europeos.

Ahora bien, el *dictamen* 2/13, de 18 de diciembre de 2014, del Pleno del Tribunal de Justicia sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos declara que el acuerdo previsto no era compatible con el artículo 6.2 TUE (apartado 258)¹²³. Sin embargo, esta previsión de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha tornado en la práctica muy difícil dado la interpretación del Tribunal de Justicia en su el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, del Pleno del Tribunal de Justicia sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos.

Por una parte, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, introducido por el Tratado de Lisboa, prevé: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Y, por otra parte, el artículo 59.2 del Convenio Europeo, tal como resulta de su redacción dada por el Protocolo n° 14 que entró en vigor el 1 de junio de 2010 señala: «La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio».

De este modo se podrá cumplir el mandato del artículo 6.3 TUE conforme al cual: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

Ahora bien, el 18 de diciembre de 2014 el Tribunal de Justicia se pronunció en su composición en Pleno, integrado por 25 de sus

123 TJUE (Pleno), dictamen de 18 de diciembre de 2014, dictamen 2/13, EU:C:2014:2475.

28 jueces, actuando como ponente el juez Tizzano, mediante un dictamen en el que se señala que la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos tal como está prevista es incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia funda su dictamen en las características definitorias del Derecho de la Unión, que son una síntesis de su jurisprudencia anterior y, por tanto, «la circunstancia de que la Unión esté dotada de un ordenamiento jurídico de una nueva índole, con una naturaleza específica, un marco constitucional y principios fundacionales propios, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento, entraña consecuencias en lo que respecta al procedimiento y las condiciones de una adhesión al CEDH» (apartado 158). Asimismo, a juicio del Tribunal de Justicia el punto de partida es el siguiente: «los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos en particular en la Carta, deben interpretarse y aplicarse en la Unión respetando ese marco constitucional» (apartado 177).

A la hora de enjuiciar la conformidad del Proyecto de adhesión de la Unión al CEDH el Tribunal de Justicia establece varios aspectos que son contrarios al Derecho de la Unión. El especial celo mostrado por el Tribunal de Justicia es muy similar, paradójicamente, al mostrado por algunos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros respecto del propio Tribunal de Luxemburgo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia constata que el Proyecto de Adhesión no garantiza la coordinación entre la aplicación del artículo 53 CEDH y del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión relativos a los niveles de protección de ambos textos constitutivos. A tal efecto y de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia es preciso que «la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por

el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apartado 189).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la adhesión al CEDH puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión, particularmente en lo que se refiere a la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia considera: «el CEDH, al imponer que se considere a la Unión y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión, exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros» (apartado 194).

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia muestra sus reticencias respecto del mecanismo prejudicial con Estrasburgo (Protocolo nº 16) porque, a su juicio, podría interferir en el funcionamiento efectivo de la cuestión prejudicial con Luxemburgo (artículo 267 TFUE) (apartado 199). Todo parece indicar que la vía prejudicial que se remita a Estrasburgo no podrá referirse al Derecho de la Unión pues pondría en tela de juicio las competencias excluyentes del Tribunal de Luxemburgo.

En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia señala que el procedimiento del artículo 33 CEDH, que permite las demandas entre Estados, podría ser contrario al artículo 344 TFUE, que impide a los Estados miembros someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los Tratados constitutivos de la Unión. Esta contradicción requeriría una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios

entre Estados miembros o entre estos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión (apartado 213).

Por último, el Tribunal de Justicia constata que el Tribunal de Estrasburgo tendría más competencias que el propio Tribunal de Luxemburgo en lo que se refiere al control de los derechos fundamentales en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Esto determina, a juicio del dictamen, que «la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse en exclusiva a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión» (apartado 256).

Este dictamen supone un serio obstáculo para la incorporación al Derecho de la Unión del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en particular, para la adhesión al CEDH y para el sometimiento de la Unión a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este supuesto el Tribunal de Justicia parece que ha querido marcar su territorio subrayando el carácter de ‘tribunal supranacional de integración’ frente a un ‘tribunal internacional de cooperación’. Sin embargo, esta distinción parecía que había conseguido borrarse poco a poco gracias a los desarrollos extraordinariamente interesantes y plenamente integradores del Tribunal de Estrasburgo.

CAPÍTULO 5.

La Experiencia de la Protección Judicial Internacional de los Derechos Fundamentales en América: La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Bernabel Moricete Fabián

5.1 Los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos

5.1.1 *Recepción normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sistema de fuentes de la República Dominicana*

Tal como ha subrayado Ferrajoli «la forma universal inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela [...] como la técnica -o garantía- prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado fundamental». Si bien las características propias de esos derechos son las que le otorgan la dimensión de 'fundamentales' que con su carácter de inviolables están llamados a estar revestidos de un ropaje impenetrable contra cualquier tipo de ataque tendente a su vulneración, su inclusión en el texto constitucional les confiere un posicionamiento cimero en el conjunto de normas del sistema jurídico que

le reserva un estatuto de permanencia frente a las amenazas que enfrenta desde el poder estatal, que se ve limitado en su accionar ante la obligación de respeto y tutela que debe a los mismos. Así, considerados como son, como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia, tienen en las garantías su base de sustento. Nuevamente Ferrajoli ha apuntado «que más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho»¹²⁴.

La lucha por la consecución de la tutela de los derechos fundamentales se ha desarrollado en tres estadios de trascendental importancia, cada uno haciendo su particular aporte a este proceso de consolidación de las prerrogativas inalienables del ser humano: la judicialización de las garantías, su constitucionalización y la internacionalización de las mismas, al cual nos hemos venido refiriendo.

Este triple fenómeno de afianzamiento de los derechos, en su primer estadio –la judicialización–, de cuya emergencia encontramos los más emblemáticos ejemplos en Inglaterra y en instrumentos como la *Charta Magna* de Juan sin Tierra en 1215 con su ‘*Due Process of Law*’, el Estatuto de la Reina Ana de 1679 con el ‘*Habeas Corpus Act*’, así como el ‘*Petition of Right*’ de 1779 y el ‘*Bill of Right*’ de 1689, dieron lugar a que se pudiera acudir a la jurisdicción para la tutela de ciertas prerrogativas consideradas valiosas para las personas humanas, como su libertad o sus bienes, que constituyeron una importante limitación de los poderes omnímodos del soberano al ponerse en manos de la jurisdicción una suerte de control sobre ciertos actos de éste con respecto a los súbditos.

El segundo fenómeno, de afianzamiento de los derechos fundamentales, al que se puede considerar como la piedra angular de la construcción de este proceso de tutela, consiste en la

124 Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2005, p 39.

constitucionalización de las garantías¹²⁵, que dio paso a que en la mayoría de las constituciones se les abriera un espacio, como parte de su contenido dogmático, a las garantías que sirven de contrapartida a los derechos fundamentales¹²⁶. Este proceso de inclusión de las garantías en la ley sustantiva condujo a que los derechos fundamentales ganaran un terreno de trascendental importancia, haciendo posible que se impusieran impedimentos al legislador de adoptar normas que vulnerasen tales prerrogativas, justificando su inviolabilidad al insertarlas como parte esencial de la Carta Magna, que se impone al legislador ordinario. Con ello se les asegura un estatuto de permanencia al impedir que mediante el procedimiento simplista de las leyes ordinarias se pueda atentar contra la existencia de los derechos fundamentales y sus respectivas garantías. A este respecto son suficientemente abarcadoras las palabras del presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, John Marshall, cuando ratificó el posicionamiento de la Constitución en el sistema de fuentes, al señalar que «los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales

125 Tal como recuerdan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 2004, pp. 117-118, -respecto a entender las garantías constitucionales de las libertades del ciudadano como promesas de no interferencia por parte del legislador- a juicio de von Wright: «La idea de una promesa hecha por el legislador, no es más que un producto de la imaginación, y hace tiempo que fue abandonada por la teoría jurídica. La garantía constitucional de ciertas libertades no tiene nada que ver con promesas, sino que es una restricción del poder de legislador, una incompetencia que corresponde a una inmunidad por parte del ciudadano. El legislador no promete no usar un poder que posee, sino que más bien su poder (o competencia) está definido de tal modo que no puede jurídicamente interferir con las libertades garantizadas. Cualquier acto del legislativo al efecto sería inconstitucional y, por tanto, nulo».

126 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 25-26, al definir Derechos Fundamentales desarrolla cuatro tesis para el estudio de los mismos: la primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; la segunda es que los derechos fundamentales, al corresponder intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica; la tercera se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales; y, la cuarta, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Sobre esta cuarta tesis señala: «los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestaciones) o prohibiciones (lesión)».

límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución»¹²⁷. Un posicionamiento que encuentra su justificación en la finalidad garantista de la Ley Sustantiva y que Ignacio de Otto nos presenta en estas breves, pero elocuentes, palabras: «que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos»¹²⁸. Expresiones que debemos completar con las previsiones del artículo 16 de la Declaración francesa del Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando dispone: «Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución».

El tercer fenómeno que debemos ponderar es el de la internacionalización; consiste en la actividad llevada a cabo por los organismos internacionales a raíz de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, adoptando solemnes compromisos en forma de declaraciones y de pactos tendentes a garantizar el respeto y la tutela de los derechos fundamentales. Arrastrando con estos la aparición de organismos supranacionales encargados de vigilar el estado en que se encuentra el respeto de los derechos fundamentales en cada uno de los países miembros de las distintas organizaciones, así como estableciendo tribunales internacionales con facultad para juzgar a los Estados que sean demandados por haber incurrido en violaciones a estos derechos (tesis de la cuarta instancia).

Entre los instrumentos de mayor trascendencia para garantizar la protección de los derechos fundamentales en la República Dominicana cabe destacar, entre otros, por su influencia en la necesaria adecuación del sistema jurídico a sus postulados -del ámbito universal-, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño, así como -del ordenamiento regional

¹²⁷ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes, op. cit.*, p. 14.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 12.

americano- la Declaración Americana de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José).

Un importante reto que enfrentan las legislaciones nacionales de los Estados es el de internalizar los compromisos asumidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Frecuentes son las pugnas entre el derecho interno y el derecho internacional sobre los respectivos contenidos de ambos ordenamientos en cuanto a los alcances de los esquemas de protección y, siempre presente, la soberanía nacional en repudio de cualquier influencia foránea. Una pugna que alcanza, incluso, compromisos que el propio Estado soberano asume con la firma de un acuerdo internacional y que tiende a radicalizarse, mostrando un musculo exagerado, cuando se hace acompañar del nacionalismo rancio.

Pero el derecho evoluciona, más hoy empujado por fenómenos como la globalización de las distintas actividades humanas que, sin que puedan impedirlo los más recalcitrantes nacionalistas -«*Make America Great Again*»¹²⁹, ejemplo más preclaro de esa pugna a la mayor escala, con la amenaza de guerra arancelaria internacional y las políticas nacionalistas puestas en marcha-, disponen las agendas legislativas y políticas que empujan a dar respuestas internas a los grandes intereses económicos que el comercio internacional impone, al que autores de la talla de Negri estudian bajo el adjetivo de “mundialización”. De esa agenda foránea que se impone nace, además, la necesidad de protección de los derechos humanos, como garantía ante ese nacionalismo que puede tender a desconocer las obligaciones de protección de los grupos humanos que, tal y como ocurriera en escenarios como los del Tercer Reich, pueden ser considerados como no pertenecientes al lugar que habitan y ser excluidos, marginados o exterminados. Así, los tratados internacionales sobre derechos humanos

129 Eslogan del presidente estadounidense Donald Trump, durante la campaña presidencial de 2016.

tienden a obligar a los entes nacionales a crear mecanismos de protección basados en un elemento común, la erradicación de la discriminación, fuente por excelencia para garantizar el glosario del conjunto de los derechos humanos.

La Constitución dominicana, al diseñar el sistema de fuentes normativas, le da un sitial preponderante a los tratados de Derechos Humanos, colocándolos a la par con la norma suprema. Así lo deja claro el artículo 74.3 de la Constitución, al establecer 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.”

Como se puede observar, una exigencia lógica que hace el constituyente es la previa ratificación de los compromisos internacionales por los órganos estatales internos. A tales, fines la Constitución ha establecido un procedimiento que pretende garantizar que la entrada de cualquier compromiso internacional que haga el Estado se lleve a cabo evitando contradicciones entre la normativa internacional que se incorpora y el derecho interno. Así, la Constitución establece algunos criterios de interés para el proceso de recepción del derecho internacional. Lo primero que hace, en el art. 26, es plasmar una declaratoria de compromiso frente a los demás Estados y organismo del derecho internacional, identificando a la República Dominicana como “*un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional.*” Evidentemente, en tal enunciado, está pretendiendo el poder constituyente informar a los poderes públicos el compromiso de cumplimiento de las obligaciones internacionales que, en cuanto persona jurídica, comprometen al Estado dominicano.

Es importante destacar que, para el establecimiento de criterios homogéneos de concepción de los derechos entre los diferentes Estados, la internacionalización de los derechos fundamentales

constituye uno de los más importantes hitos en el marco de la protección de los derechos intrínsecos del ser humano. Un fenómeno que tuvo su mayor escenario de desarrollo a todo lo largo del siglo, como resultado de la experiencia lastimosa de los regímenes de fuerza, las acciones de segregación y exterminios de grandes grupos humanos por razones raciales o religiosas; también se suman, las confrontaciones bélicas de carácter regionales y globales que tenían, en la mayoría de los casos, como común denominador un nacionalismo irracional que, teniendo como estandarte el repudio a las personas diferentes o extranjeras, enarbolaba la supremacía de una raza o el criterio de pertenencia exclusiva del territorio que habitó algún grupo humano de manera tradicional.

Al esquema de la internacionalización de los derechos fundamentales, no ha sido indiferente el contexto del continente americano; sumándose la generalidad de sus países a los instrumentos que organismos globales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), han desarrollado para su protección. Al mismo tiempo, este continente ha ido generando sus propios instrumentos de protección, como lo son la Declaración Americana de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo adelante la Convención), ambos instrumentos de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Un interés por el establecimiento de mecanismos efectivos de protección que, en el sistema interamericano, ha llevado al establecimiento de un sistema jurisdiccional regional, con la creación, desde la propia Convención, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante ComisiónIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante CortelDH). A estos organismos se les atribuye la tarea, principalmente, de garantizar la aplicación e interpretación de los instrumentos de derechos humanos que se generan en el seno de la OEA, así como investigar y juzgar las infracciones que se atribuyan a los Estados partes sobre los instrumentos de protección de los Derechos Humanos. Constituye la CortelDH, por ejemplo, ese escenario

que orienta a los países miembros sobre el adecuado sentido del contenido y aplicación de la Convención.

En el marco del contenido de la Convención, los Estados partes se comprometen a la puesta en ejecución y tutela efectiva de los derechos humanos, adoptando todas las medidas administrativas y presupuestarias que los Estados deben ejecutar. Es lo que se observa de la forma como consagra los mandatos contenidos en sus artículos del 3 al 25, en los que consagra el catálogo de derechos civiles y políticos, listado que completa con una referencia en el artículo 26 a los derechos económicos, sociales y sobre educación.

Sobre las obligaciones que pesan sobre los Estados partes respecto a la Convención, se observa al órgano jurisdiccional de salvaguarda que la propia Convención crea, en sus artículos 52 y siguientes, establecer la obligatoriedad de aplicación de sus garantías y ha expresado su compromiso de asegurar una protección eficaz. Así se deduce, por ejemplo, de la sentencia de 29 de julio de 1988 en el asunto Velásquez Rodríguez donde la Corte Interamericana llegó a esta conclusión: *«Todo ello configura un cuadro del que resulta que las autoridades hondureñas no actuaron de conformidad con lo requerido por el artículo 1.1 de la Convención, para garantizar efectivamente la vigencia de los derechos humanos dentro de la jurisdicción de ese Estado»*¹³⁰.

Sobre las diferencias de los sistemas jurídicos de los Estados partes, ha indicado la CortelDH abordando en temas del alcance de la Convención, (desde la opinión *consultiva n° 6*) que "la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes. Algunos se inscriben en el sistema del 'common law' y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran

130 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, § 180. 91

particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político¹³¹". Apunta la CortelDH en su decisión sobre el caso Gomes Lund Vs. Brasil que "las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios [...] en el plano de su derecho interno¹³²". Para remarcar en las diferencias de sistemas nacionales que afecta la Convención, el órgano jurisdiccional establece, en el caso Duque Vs. Colombia, que "el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren" y que "si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte¹³³".

Estas exigencias evidencian el compromiso de los Estados parte de la Convención Americana de respetar todos los derechos y libertades reconociendo la necesidad de contar con un mecanismo de protección de estos derechos que sea similar a otros modelos internacionales regionales vigentes, en particular, el sistema europeo de derechos humanos. La voluntariedad de cumplimiento de los compromisos internacionales que asumen los Estados es a lo que aspiran instrumentos como la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados (1969) con su cumplimiento de buena fe (*pacta sunt servanda*) previsto en el artículo 26¹³⁴ y la anticipación de solución de controversias entre la ley interna y las normativas

-
- 131 Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, § 20.
- 132 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, § 177.
- 133 Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, § 127.
- 134 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo «26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

internacionales, del artículo 27¹³⁵; pero, como no siempre es así, La Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido que "Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, [...] que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados."¹³⁶

El objetivo principal de los compromisos estatales al suscribir y ratificar la Convención, como es obvio, es la protección de los derechos humanos que ella consagra; con una enumeración que comprende: derecho a la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal (prohibición de esclavitud, servidumbre y de tortura), derecho a la libertad y a la seguridad personal, derecho a garantías judiciales (debido proceso legal), derecho a la indemnización, protección de la honra y de la dignidad, las libertades de conciencia, de religión y pensamiento, derecho de rectificación y respuesta, derecho de reunión libertad de asociación y al nombre, protección de la familia, derecho del niño, a la nacionalidad, de propiedad, de circulación, y residencia e igualdad ante la ley, derecho a participar en asuntos políticos o a participar en el Gobierno, derecho a elegir y a ser elegido, y derecho a acceder a la función pública.

Conviene detenerse en el significado y en el alcance de alguno de estos derechos humanos, agrupados convenientemente, con el fin de recordar sus antecedentes, el alcance y, en su caso, señalar algunos de sus más importantes desarrollos jurisprudenciales.

135 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

136 Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 87, Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, § 220, Corte IDH.

Modernamente el derecho internacional de los derechos humanos ha protegido la libertad física y la seguridad individual no sólo en el plano de las detenciones y del encarcelamiento sino que los ha ampliado a la aplicación del concepto libertad a todas aquellas actividades que el individuo tiene derecho a realizar, por ejemplo en materia de asociación, de libertad de culto, etc.; es decir, se consagra la libertad de conducirse de la manera que mejor le parezca al ciudadano siempre que no afecte a terceros. La interpretación dinámica de este derecho ha dado lugar a que el Comité de Derechos Humanos reconociera que se protege toda privación a la libertad independientemente de la naturaleza de la detención incluyéndose dentro de éstas las que provienen de las enfermedades mentales, toxicomanía, vagancia; circunstancias de privación o limitación de la libertad a las que se aplica la protección de la Convención.

Por otra parte, el concepto seguridad se entiende desde la óptica de la exención de riesgo, en los términos establecidos por el Comité de los Derechos Humanos y que no limita la protección de la libertad y seguridad personales en los supuestos de apresamiento o detención¹³⁷107. La Corte Interamericana ha elaborado una jurisprudencia en la que vincula la seguridad personal con la libertad personal, tal como resulta de las sentencias adoptadas en los casos Villagrán Morales¹³⁸ y Bámaca Velásquez¹³⁹. De manera especial el derecho a la libertad está protegido por la acción del hábeas corpus.

Las libertades fundamentales de religión, expresión y de asociación el artículo 12 de la Convención Americana consagra una libertad de conciencia y de religión que está protegida por todas las Constituciones modernas y su fuente de inspiración es el artículo

137 Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

138 Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

139 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70

18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. La libertad de religión implica la facultad que tiene toda persona de pertenecer al dogma de su preferencia.

También la Convención Americana consagra la libertad de pensamiento y expresión en su artículo 13. En cuanto a sus antecedentes deben citarse el artículo 19 de la Declaración Universal, el artículo 10 del Convenio Europeo y el artículo 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La libertad de pensamiento y expresión consiste en la potestad que tiene la colectividad, así como toda persona de informarse e instruirse por medio de cualquier fuente. La libertad de expresión se encuentra relacionada directamente con el pensamiento ya que este último no tendría ninguna consecuencia si permaneciera en la mente de la persona. De manera complementaria, el artículo 14 de la Convención Americana se refiere al derecho de rectificación o respuesta como derecho al cual le son aplicables las obligaciones de los Estados Parte consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. En efecto, el sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no faculta a los Estados para hacerlo¹⁴⁰.

5.1.2 *El catálogo de los Derechos Fundamentales consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y su posicionamiento en el marco del Bloque de Constitucionalidad*

¿Qué resuelve el establecimiento de un catálogo de los derechos en un marco de un sistema jurídico? Es la pregunta que quizás se hicieron los primarios redactores de la Constitución de los Estados Unidos durante la convención de Filadelfia en 1787, con su omisión deliberada de un catálogo. La conclusión a la pregunta quizás pretendió ser aportada en las enmiendas

140 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, § 33

introducidas en 1789 y convertidas en parte de la Constitución (al menos diez) en 1791, cuando la Enmienda IX advertía y advierte que *“la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”*. El temor a que se pretenda limitar lo ilimitable en una lista cerrada de prerrogativas para el ser humano, es el punto que hizo dudar a los norteamericanos cuando aprobaban su Constitución y que justificó la indicada enmienda novena a su Constitución, a la que hoy en día venimos llamando *“cláusula de los derechos implícitos”*.

De ese modo se inaugura la discusión en torno al carácter ilimitado de los derechos fundamentales. Pero también se inicia el enfoque en relación con la necesidad de identificación, al menos en *numerus apertus*, para evitar su desconocimiento por falta de consagración en el derecho positivo. Un largo camino ha representado el tránsito para la más amplia comprensión de estos dos escenarios, en que listar los derechos no de la errada información de que los derechos están limitados al catálogo materialmente contenido en la Constitución y la necesidad de dar certeza de su existencia con la consagración en el texto. Una feliz expresión, pasado el tiempo, ha servido de conexión entre la cláusula de los derechos implícitos y la identificación de derechos en instrumentos infraconstitucionales o en instrumentos normativos nacidos fuera del sistema jurídico interno de los Estados; se trata del denominado *“bloque de constitucionalidad”*.

Al bloque de constitucionalidad se han referido los tribunales como la Corte Constitucional de Colombia, estableciendo que se trata de normas que no están formalmente en la Constitución, pero que por su naturaleza pertenecen a ella. escenario en el que entran los catálogos de derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos y que, huelga decirlo, permite a instrumentos normativos, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos posicionarse como parte integrante de la norma constitucional.

Oportuno es mirar algunos aspectos del catálogo que contiene la Convención y examinar aspectos que importan al sistema de protección vía amparo.

5.1.2.1 *El derecho a la personalidad, a la vida y a la dignidad de la persona*

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana, está inspirado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

El sujeto directo de este reconocimiento es la persona, a quien de manera sustancial se le atribuye el derecho a un nombre, domicilio, estado civil, capacidad, nacionalidad. Doctrinalmente es común clasificar como derechos de la personalidad aquellos que conciernen a la individualidad física y los de la individualidad moral dirigidos específicamente al honor.

El ámbito de este reconocimiento se limita a la persona en su acepción general como ser humano, independientemente de su capacidad de goce o ejercicio tomando únicamente en consideración la aptitud de ser titular activo o pasivo de reconocimiento de derechos.

El artículo 4 de la Convención Americana consagra el derecho a la vida con gran amplitud. El antecedente de este derecho se recoge en el artículo 2.1 del Convenio Europeo, en el artículo I de la Declaración Americana y en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En uno y otro instrumento se establece una configuración del derecho a la vida que genera sobre el Estado obligaciones para asegurar el goce de este que van desde la preservación de la salud, hasta los límites de imposición de sanciones penales que tiendan a su privación. Además,

se colocan en el ojo de la controversia con temas como el de la eutanasia y el de la interrupción voluntaria del embarazo.

Se puede apreciar la similitud existente entre el artículo 6.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4.1 de la Convención que establece la protección de la vida desde el momento de la concepción, planteando el supuesto de que la prohibición del aborto es absoluta, aspecto que hasta nuestros días no ha sido objeto de consenso. De este modo la prerrogativa del ser humano se reconoce desde el momento de la gestación y se impone a los Estados la obligación de protegerla por ley, no implicando la necesidad de que exista un precepto legislativo a estos fines, sino que se trata de una norma internacional *self executing*.

Las normas *self-executing* son identificadas por el Rey Cantor, como *"aquellas normas y obligaciones internacionales de incorporación automáticas, de aplicación directa e inmediata, y exigibles por la persona humana ante la autoridad pública (juez, administración, o cualquier órgano), para que les dé aplicación"*¹⁴¹.

La Convención protege el derecho a la vida sin abolir la pena de muerte, aunque la limita notablemente estableciendo restricciones a su aplicación en sus artículos 4.1 y 2. También en este caso la Convención plantea problemas interpretativos pues, si bien su artículo 4 establece la prohibición de la pena de muerte y el Derecho internacional ha intentado abolirla, sigue vigente en algunos Estados parte. La opinión general considera que debían restringirse al máximo las posibilidades del Estado de privar de la vida a alguna persona de manera arbitraria sin la observancia rigurosa de un debido proceso. En síntesis, la Convención prohíbe la pena de muerte en aquellos países en los cuales no había sido permitida y la limita mediante las disposiciones del artículo 4.5 al establecer la prohibición de reimplantar la aplicación de la pena de muerte en los Estados que la hubiesen abolido (art.4.3), limita

141 Rey Cantor, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Ed. Porrúa, México, 2008, pág.25.

los crímenes y delitos por los cuales pueda ser aplicada y la condición de la persona que cometa el crimen (art 4.4 y 5) y prohíbe la aplicación de esta pena mientras se encuentren pendientes de decisión recursos relativos a la amnistía, el indulto o la conmutación de penas (art. 4.6).

La Corte Interamericana ha elaborado una importante jurisprudencia sobre la limitación y la posible abolición de la pena de muerte; así lo expresa en sus opiniones consultivas¹⁰³ y en sus sentencias¹⁰⁴. Esta jurisprudencia favorable a la erradicación de la pena capital ha propiciado la adopción el 4 de junio de 1990 en Asunción (Paraguay) de un Protocolo adicional de la Convención Americana en virtud del cual se desterraría definitivamente la aplicación de la pena capital¹⁴².

Sobre la responsabilidad de los Estados partes en su tarea de dar respuestas a los atentados contra la vida, ha dicho la CorteIDH: “[E]n casos de privación de la vida es fundamental que los Estados investiguen efectivamente y, en su caso, sancionen a sus responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, pues de lo contrario se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos se repitan¹⁴³”. “[L]a impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales -del Estado- como individuales -penales y de otra índole de sus agentes o de particulares¹⁴⁴”, señala la Corte en el caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú.

142 Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; a raíz de la cual Guatemala retiró la reserva que había hecho sobre la posibilidad de aplicar la pena de muerte ante algunas situaciones.

143 Corte IDH. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, § 134.

144 Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, § 222.

Estrechamente vinculado al derecho a la vida, está la consagración del derecho a la integridad personal¹⁴⁵, cuya formulación convencional lo encontramos contenido en el artículo 5 de la Convención Americana, se aprecia en el artículo 3 del Convenio Europeo, en los artículos 3, 5 y 12 de la Declaración Universal, en el artículo I de la Corte IDH. Por su parte la Declaración americana, en los artículos 7 y 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, consagra (artículo 7) la prohibición expresa al Estado de no someter a tortura, ni a penas crueles, inhumanos o degradantes. Este derecho ha sido desarrollado por la Convención Interamericana contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. Importante resulta, en el mismo artículo 7 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la prohibición de someter a cualquier persona “sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

La Corte Interamericana ha calificado todas las violaciones al artículo 5.1 a 5.3 de la Convención como crímenes contra la humanidad y ha argumentado que si bien no existe esta expresión en el texto de la Convención, el Derecho no necesita una tipificación especial para que esta acción sea considerada como delito en aplicación del *principio 'nullum crimen sine lege praevia'*.

La consagración de este derecho tiene dos vertientes: por una parte, reconoce el derecho de toda persona a que se respete su integridad física y moral; y, por otro lado, contiene la prohibición de ciertas conductas del Estado que afecten a esa integridad.

Todo individuo es merecedor de respeto y, en principio, nada ni nadie puede interferir en sus decisiones al considerarlo dueño de sí, poseedor de autonomía personal y al estar facultado, por tanto, para decidir sin que el Estado tenga el poder de impedirselo. El

145 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32; Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003 Serie C No. 99.

derecho a la integridad está en íntima conexión con la vida privada que es uno de los derechos dirigidos a proteger la dignidad de la persona.

En definitiva, este derecho persigue que el ser humano no sea atacado en ninguna de las facetas de su personalidad como consecuencia directa del reconocimiento de su dignidad. Se trata de una norma que atañe y protege también a las personas privadas de su libertad que deben ser tratadas con el respeto debido a la dignidad.

Al hablar de vida digna, se destapa una conexión inmediata entre prerrogativas como el derecho a la salud, a la educación, las distintas manifestaciones de libertad y la igualdad; que se extiende a ese derecho-valor de vivir la paz, en un medio ambiente sano, a la identidad cultural; en fin, a todas las libertades esenciales. Conexión que se predica en el principio de integridad de los Derechos Fundamentales, en tanto la tutela de uno representa la salvaguarda de otros que dependen de éste o le son conexos. De forma tal que la lesión de un derecho fundamental, en la generalidad de los casos, apareja una reacción de “efecto dominó”, afectando o dejando en estado de vulnerabilidad otros derechos. Así a la degradación del medio ambiente, siempre le acompañará el riesgo a la salud; la privación de libertad trae consigo, la afectación a la dignidad, la convivencia familiar, el desarrollo de la personalidad; en fin, múltiples ejemplos se podrían plantear. El rol de la Convención y sus órganos de garantías es mantener esa conexión entre los derechos en funcionamiento.

Con relación a este carácter indivisible que afecta positivamente a los derechos, haciendo que la integridad de uno comprometa a todo el conjunto, observamos con Zagrebelski como las mencionadas clasificaciones pierden su equivocada consideración de islas separadas; en este orden apunta este autor, por poner un ejemplo, que “los derechos negativos y los derechos positivos no

son en absoluto incompatibles y, por lo tanto, pueden convivir en el seno de concepciones de alcance más general¹⁴⁶.”

Así, siguiendo línea de argumento de Zagrebelsky, tanto en los tradicionales derechos de prestación negativa (como regularmente se ha predicado de una gran gama de los derechos individuales), como en aquellos de prestación positiva (como lo son los derechos sociales, económicos y culturales), el Estado por medio de sus órganos tiene obligaciones y abstenciones cuyo conocimiento y práctica no puede eludir¹⁴⁷.

Hay escenarios de ese marco de protección de la vida digna que son tan amplios, como es lo referente a las torturas o tratos crueles o inhumanos, que las disposiciones de la Convención no ofrecen guía alguna para determinar cuándo se está en presencia de estas conductas, abriendo así las posibilidades interpretativas. Obsérvese, por ejemplo, como el artículo 5 (sobre “Derecho a la integridad personal”) de la Convención abre el carbón al establecer “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.” Una redacción que vuelve sobre el principio de vida digna abordado en un trípode que apunta al contexto general de la persona humana, como son su integridad física, su integridad psíquica y su integridad moral.

Una interpretación tan amplia encuentra su límite en la consideración de que trato degradante es todo aquel dirigido a deshonar al ser humano, aunque no implique un castigo personal directo. El Comité contra la Tortura establecido por la Convención de las Naciones Unidas tampoco ha delimitado los elementos de la tortura¹⁴⁸ al aplicar la Convención a casos particulares. En el sistema

146 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Trad. Marina Gascón, Trota, Madrid, 1995, p. 83.

147 *Ibidem*.

148 En la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3452 [XXX], de 9 de diciembre de 1975) en su artículo 1 dispone sobre la tortura que, “1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual

interamericano se ha suplido este vacío ofreciendo en el art. 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura la siguiente definición: *«Para los efectos de la presente convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una o varias personas a penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica».*

El carácter progresivo de la protección de los derechos humanos impuso la necesidad de proteger de manera exclusiva y directa a los individuos más vulnerables a los malos tratos mediante reglas destinadas a los que estén sometidos a condiciones especiales. Así, en el caso de los menores procesados son objeto de esta protección al exigir su enjuiciamiento ante tribunales especializados. Asimismo, las penas y el propio Derecho penal han sido humanizados a través del establecimiento de la resocialización y la readaptación de los condenados como finalidad esencial de la pena.

Es frecuente que, al referirnos a la esclavitud, nos remontemos de inmediato a los siglos pasados y a los cuadros de personas en campos de algodón o cañaverales, con grilletes y castigos crueles con azotes. Pero hoy por hoy, son muchas y frecuentes las formas de esclavitud que se evidencia en distintas partes del mundo; así

un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.” Agregando que “2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.”

lo destaca el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, en su boletín informativo 14, titulado "Formas Contemporánea de la Esclavitud, señalando que "Como puede apreciarse, no existe una distinción neta entre las diversas formas de esclavitud. Las mismas familias o grupos son muchas veces víctimas de varios tipos de esclavitud contemporánea -por ejemplo, la servidumbre, el trabajo forzoso, el trabajo infantil o la prostitución infantil- y el factor que los une a todos suele ser la extrema pobreza"¹⁴⁹.

La base jurídica internacional de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, consagrada por el artículo 6 de la Convención Americana, se aprecia en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 4.1 y 2 del Convenio Europeo, así como en el artículo 8 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este precepto apunta de manera secuencial a la protección y el respeto de la dignidad humana, basándose en el concepto de igualdad jurídica de los seres humanos, y equipara normativamente la esclavitud, la servidumbre y la trata de mujeres.

Por otra parte, la Convención Americana reconoce en su artículo 18 el derecho al nombre, o derecho de identidad, que permite a las personas ser individualizadas respecto de las demás; es la facultad legal que corresponde a toda persona tener un nombre propio, así como también los apellidos de sus progenitores o de uno de estos. Su origen inmediato se recoge en el art. 24.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

149 Apunta el *Boletín informativo* No. 14 que "[l]as muchas pruebas presentadas a los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular al Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud, así como los estudios y conclusiones de los relatores especiales, permiten hacerse una idea exacta de lo que ahora representan las prácticas análogas a la esclavitud. La reseña que figura a continuación se basa en esas fuentes oficiales." El tiempo ha transcurrido desde ese boletín informativo, pero LOS remedios escasean y, más aún, el fenómeno de la moderna esclavitud se agudiza con los flujos migratorios constantes, forzados por las pobreza, las guerras y la persecuciones políticas, étnicas y religiosas. (https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/FactSheet14sp.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1 fecha de consulta 24/06/2018)

El precepto establecido en el art. 20 de la Convención Americana reconoce el derecho de toda persona a tener una nacionalidad¹⁵⁰, ya sea la del país donde nació o de otro país, así como la facultad de poder cambiarla por otra. La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que une a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor de su protección diplomática.

La nacionalidad debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado no sólo se desprende de su capacidad política sino también de su capacidad civil. De ahí que la determinación y regulación de la nacionalidad se atribuya a los Estados. En la reglamentación de la nacionalidad los Estados están obligados a garantizar la protección de los derechos humanos.

La consagración que lleva a cabo la Convención Americana se hace desde una doble perspectiva: como derecho a tener una nacionalidad, que significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y como derecho de protección del individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.

En fin, la Convención Americana consagra los tradicionales derechos al honor y a la intimidad personal. Así, el artículo 11 de la Convención supone la prohibición al Estado y a los particulares de interferir en el espacio reservado de las personas. El contenido de la norma es vasto ya que protege el derecho a la honra, la dignidad, y a la buena reputación, de lo que se desprende la

150 Respecto a los conflictos sobre la nacionalidad, véase la sentencia TC/0168/13, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016813/> [fecha de consulta: 29/06/2018].

prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en seno de la familia, en el domicilio y en la correspondencia, salvo que la misma esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria para el mantenimiento de la seguridad nacional o con la finalidad de evitar la comisión de una acción delictiva.

La Convención Americana protege los derechos a la privacidad y a la intimidad cuyo fundamento reposa en el principio de inviolabilidad de la persona que se refiere no sólo a su cuerpo y a su 'conciencia' sino también a su correspondencia, a su domicilio, etc.

5.1.2.2 **Los derechos de libertad personal**

El artículo 7 de la Convención Americana contiene una serie de garantías, especialmente procesales, para el ejercicio de la libertad personal en virtud de las que se amparan dos derechos dentro de un mismo dispositivo normativo cuyo origen puede observarse en el art. 9 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el artículo 9 de la Declaración Americana y el artículo 5 del Convenio Europeo. La reparación ante la violación arbitraria de estos derechos se regula de modo muy similar en el artículo 7 de la Convención Americana y en los artículos 9 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre el alcance del derecho a la libertad personal, ha dicho la Corte IDH *«que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar "tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal"¹⁵¹»*.

151 Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. En: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf> [consulta: 30/06/18]

Así configurado, este derecho consagra una serie de garantías fundamentales para la protección del ser humano y prohíbe la detención arbitraria y el castigo o el sufrimiento del afectado. Dos dimensiones del contenido de este artículo 7 de la Convención se hace necesario diferenciar, por un lado, las previsiones del inciso 7.1 apuntan a un derecho dimensiones generales que obligan al Estado a generar acciones de protección en favor de toda persona en su estado de libertad, estableciendo que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que, por otro lado, apunta al trato que deben merecer quienes se ven expuestos a la intervención del Estado sobre su libertad, advirtiendo el 7.3 que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.” En este último aspecto, apunta a una realidad que en América Latina resultaba frecuente en tiempos en que se redacta la Convención, tomando acción para proteger a los individuos de la denominada desaparición forzada de personas mediante las encarcelaciones clandestinas, estableciendo la obligación de que sean presentados ante la autoridad judicial correspondiente. La Corte Interamericana ha sancionado de manera severa esta ilegalidad condenando al Gobierno responsable¹⁵².

Modernamente el derecho internacional de los derechos humanos ha protegido la libertad física y la seguridad individual no sólo en el plano de las detenciones y del encarcelamiento sino que los ha ampliado a la aplicación del concepto libertad a todas aquellas actividades que el individuo tiene derecho a realizar, por ejemplo en materia de asociación, de libertad de culto, etc.; es decir, se consagra la libertad de conducirse de la manera que mejor le parezca al ciudadano siempre que no afecte a terceros y no altere el orden público. La interpretación dinámica de este derecho ha dado lugar a que el Comité de Derechos Humanos reconociera que se protege toda privación a la libertad independientemente

152 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

de la naturaleza de la detención incluyéndose dentro de éstas las que provienen de las enfermedades mentales, toxicomanía, vagancia; circunstancias de privación o limitación de la libertad a las que se aplica la protección de la Convención.

El concepto seguridad, también se entiende desde la óptica de la exención de riesgo, en los términos establecidos por el Comité de los Derechos Humanos y que no limita la protección de la libertad y seguridad personales en los supuestos de apresamiento o detención¹⁵³. La Corte Interamericana ha elaborado una jurisprudencia en la que vincula la seguridad personal con la libertad personal, tal como resulta de las sentencias adoptadas en los casos Villagrán Morales¹⁵⁴ y Bámaca Velásquez¹⁵⁵.

De manera especial el derecho a la libertad está protegido por la acción del hábeas corpus, previsto en la Convención en el artículo 7.6, estableciendo que “[t]oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.” Una garantía que abre la posibilidad para que los Estados puedan, además, establecer la garantía de presentación ante el juez de manera preventiva, cuando se esté bajo amenaza cierta e inminente de perder la libertad de manera arbitraria y una prohibición de supresión cuando ya hayan establecido tal garantía. Así se extrae de las previsiones del propio artículo 7.6 cuando completa la ecuación diciendo “En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido.”

153 Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

154 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

155 109. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70

5.1.2.3 *Las libertades fundamentales de religión, expresión y de asociación y el derecho de propiedad*

El artículo 12 de la Convención Americana consagra una libertad de conciencia y de religión que está protegida por todas las Constituciones modernas y su fuente de inspiración es el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. La libertad de religión implica la facultad que tiene toda persona de pertenecer al dogma de su preferencia.

También la Convención Americana consagra la libertad de pensamiento y expresión en su artículo 13. En cuanto a sus antecedentes deben citarse el artículo 19 de la Declaración Universal, el artículo 10 del Convenio Europeo y el artículo 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La libertad de pensamiento y expresión consiste en la potestad que tiene la colectividad, así como toda persona de informarse e instruirse por medio de cualquier fuente. La libertad de expresión se encuentra relacionada directamente con la libertad de pensamiento ya que esta última no tendría ninguna consecuencia si permaneciera en la mente de la persona. La Corte IDH asocia de forma interesante la libertad de expresión e información con el orden público, estableciendo que "el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto." Agregando al respecto que "La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse"¹⁵⁶.

156 Cfr. Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 69. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31034.pdf> [consulta: 22/06/18].

De manera complementaria, el artículo 14 de la Convención Americana se refiere al derecho de rectificación o respuesta¹⁵⁷ como derecho al cual le son aplicables las obligaciones de los Estados Parte consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. En efecto, el sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no faculta a los Estados para hacerlo¹⁵⁸.

Esta interpretación se confirma por la ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) que está inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13). La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Parte deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga ineficaz el derecho proclamado por el artículo 14.1

El artículo 14.1 no indica si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué plazo puede ejercerse el derecho, qué terminología es 14.1, estas condiciones serán 'las que establezca la ley', De acuerdo con el artículo a diferencia del utilizado en otros artículos de la Convención ("estará protegido por la ley", "conforme a la ley", "expresamente fijadas por ley", etc.), requiere el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta por medio de la "ley", cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte.

157 La Constitución dominicana consagra este derecho en su artículo 59.4, en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho a la réplica y rectificación cuando se sienta lesionada por informaciones difundidas. Este derecho se ejercerá de conformidad con la ley".

158 110. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, § 33.

El hecho de que los Estados parte puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Parte de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención y de ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...’. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por ‘toda persona’ sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

El derecho a asociarse con otros y formar o reunirse en asociaciones está íntimamente unido a otros derechos civiles y políticos, especialmente la libertad de expresión y de opinión, la libertad de reunión pacífica y la libertad de movimiento. Estos derechos políticos y civiles son vehículos vitales para la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos también depende del grado de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

La libertad de asociación y los derechos relacionados son de una importancia crítica para los grupos vulnerables; jugando un papel esencial la posibilidad de organizar entidades que aglutinen y capitalicen sus necesidades de inclusión; y, desarrollar activistas, para garantizar que toda la gama de derechos humanos se ponga en marcha. Sin embargo, la libertad de los grupos vulnerable, piénsese en la lucha de las mujeres y su capacidad de ejercitar el derecho de asociación aparecen frecuentemente disminuidas por la falta de acceso y control de recursos económicos y políticos, y por las normas culturales y valores sociales que las ponen en una posición de desventaja dentro de sus comunidades con respecto a la mayoría de los hombres. En los casos en que este derecho es violado por la comunidad, la familia o los individuos

(como el rechazo del marido a permitir que su mujer se integre en una asociación de su comunidad), los gobiernos tienen el deber de proporcionar las condiciones que lo hagan posible y eliminar cualquier norma cultural o social que haga que las mujeres no puedan ejercitar su derecho.

La Convención Americana desarrolla extensamente en su artículo 21 el derecho de propiedad, en contraste con el limitado tratamiento que recibe en el Convenio Europeo o en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La Convención Americana permite subordinar mediante ley el uso y goce del derecho de propiedad al interés social. Asimismo, la Convención prohíbe la usura. La limitación del derecho de propiedad debe establecerse mediante ley y por interés social; en caso de expropiación cuando existen razones de utilidad pública debe indemnizarse a los propietarios.

5.1.2.4 *Las garantías jurídicas y el derecho a la igualdad y a la no discriminación*

Los artículos 7, 8, 9 y 25 de la Convención Americana se ocupan de las diversas garantías procesales que deben imperar en todos los Estados parte. A tal efecto, la Convención Americana ha creado un marco programático que cada Estado debe garantizar fijando internamente las reglas de procedimiento siempre con observancia de lo previsto en la Convención. De esta manera establece y reconoce el derecho al debido proceso que tiene toda persona mediante la fijación de garantías destinadas a proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y que deben ser cumplidas por todo proceso.

El debido proceso se ha convertido en la piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; adquiriendo tal relevancia, que la propia Corte Interamericana ha considerado que las garantías del artículo 7.6 y 25.1 no pueden suspenderse ni

siquiera en situaciones de emergencia dado que, «los principios generales del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción, en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales puedan considerarse como garantías judiciales»¹⁵⁹.

Ante la diversidad de interpretaciones de que han sido objeto las disposiciones relativas al debido proceso, la Corte Interamericana ha asumido la responsabilidad de elaborar una jurisprudencia en virtud de la cual, se establece un patrón aplicable en todos los Estados que formen parte de la Convención.

La Corte Interamericana, al conocer de asuntos que han sido enjuiciados por los tribunales nacionales, debe pronunciarse sobre hechos y pruebas lo que la convierte en una cuarta instancia en aquellos casos en los que los tribunales nacionales no hayan querido o no hayan podido cumplir con alguna norma del debido proceso, sobre todo en casos relativos a desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias. En este sentido y tal como ha reconocido la Corte Interamericana en la sentencia relativa a la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay: *«Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas»*¹⁶⁰.

159 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), § 30.

160 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, § 62.

El derecho a ser oído no sólo es aplicable a la víctima sino que sus familiares tienen el derecho de ser oídos en el juicio penal y más aún incluye el derecho a exigir que la acción penal se ejerza. Este derecho implica además la presentación de las pruebas y defensas para garantizar que el fallo sea un reflejo de lo contenido en el expediente.

Asimismo, el principio de legalidad implica que nadie puede ser condenado por una conducta que al momento de llevarse a cabo no estuviera tipificada como delito. Este principio, conjuntamente con el de libertad de hacer todo lo que no está prohibido por la ley, impide que el Estado castigue como delito una conducta que no ha sido debidamente tipificada como tal.

La garantía de legalidad, dada su extensión y efectividad jurídica, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no sólo sea arbitrario, es decir, que no esté basado en norma legal alguna, sino que sea contrario a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que éste pertenezca; la exigencia de una ley previa advierte al ciudadano de que la realización de determinado acto infringe las normas penales del Estado.

La garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable es otro elemento consustancial al derecho. Al mismo tiempo, la Convención ha establecido el derecho de que el justiciable se beneficie de la retroactividad de la ley penal más favorable. El problema que se plantea radica en aquellos supuestos en que la pena contenida en la ley posterior no es mayor o menor sino de una naturaleza diferente o en los casos en los que los países entienden que dicha acción no es pasible de ser penalizada, cuestiones a las que la corte no ha tenido la oportunidad de referirse.

También la Convención Americana consagra un derecho de indemnización. En principio existía en la redacción inicial del artículo 10 de la Convención una confusión entre lo que era la condena

por error y la privación de libertad, lo que provocó reacciones de Estados que obligaron a modificarlo¹⁶¹. Este principio pone bajo la responsabilidad del Estado los errores cometidos en la administración de justicia, lo cual es una consecuencia que se deriva de los efectos directos del ejercicio de la función pública.

El artículo 10 de la Convención Americana debe interpretarse de acuerdo con su evolución hasta el punto de que históricamente no era posible recibir indemnización alguna a causa de errores judiciales porque la facultad de juzgar correspondía al Rey y, como señala la tradición británica, «el soberano no se equivoca»; sin embargo, hoy en día se reconoce que el error judicial justifica el derecho de ser indemnizado. Los países latinoamericanos pioneros en establecer en sus leyes adjetivas indemnizaciones por errores judiciales fueron México en su Código Penal de 1871 y los Estados Unidos de América en su Ley federal de 1938; en el caso del Código Procesal Penal dominicano se reconoce en sus artículos 255 al 258 la indemnización por causa de error judicial.

Cabría interpretar que la Convención se limita a reconocer el derecho a la reparación por errores judiciales cometidos solo en el ámbito de justicia penal, por lo que no sería aplicable en los procesos civiles; pero conviene, en aplicación del derecho comparado, entender que cabe una interpretación extensiva respecto de otros ámbitos jurisdiccionales, aunque también se alega que, en su caso, así lo habría señalado expresamente la Convención.

Por último, la Convención Americana reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación como principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos, pero también

161 La República Dominicana formuló observaciones que apuntaron más al contenido señalando «con ese tipo de responsabilidad siempre que se entienda que el error debe ser equivalente a un ejercicio abusivo del derecho, una inadvertencia grosera o un acto de autoridad ejercido con mala fe o ligereza censurable», agregando que el término 'error judicial' podría abarcar cualquier caso revocado por apelación, inclusive los revocados por razones de procedimiento o técnicas con prescindencia de la culpabilidad del acusado.

como un derecho autónomo exigible al Estado que se recoge en el artículo 24. De este modo se protege al individuo de la discriminación, entendida como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos carentes de justificación razonable y objetiva; e implica el derecho a igual protección de la ley e igualdad ante la ley. Los supuestos de vulneración del derecho a la igualdad son la discriminación, el tratamiento desigual en situaciones fácticas iguales y la no aplicación del principio de discriminación positiva.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva: el derecho a la igualdad. Como derecho, la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad. En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación

administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador.

Por su parte la Corte Interamericana, en su opinión consultiva OC-4/84, del 11 de enero del 1984, relativa a la modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización, estableció los siguientes criterios: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza."

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose «en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos» definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" (Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34). Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan

como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso¹⁶².

162 Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84, de 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, §§ 55-58.

5.1.2.5 **Los derechos económicos, sociales y culturales no justiciables**

Como cierre de este recorrido por los derechos consagrados por la Convención Americana debe recordarse que el artículo 26 constituye la única disposición del Capítulo relativo a los “derechos económicos, sociales y culturales” que se dedica al “desarrollo progresivo” con el siguiente tenor:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

De este modo no se consigue superar la tradicional distinción entre derechos civiles y políticos, tal como han sido reconocidos y protegidos por la Convención, y los derechos económicos y sociales que sólo constituyen un objetivo cuyo alcance sólo es deseable sin establecer mecanismos jurídicos de protección efectiva, sin que, en definitiva, sean justiciables¹⁶³. En cambio, la Convención Americana demuestra un intento realista de desarrollar progresiva y efectivamente estos derechos fundamentales.

Más aún, la discusión ha girado en los últimos años en relación a la exigibilidad de éstos derechos en sede judicial; situación a la que se ha referido la Corte IDH, tal y como lo recoge Mónica Pinto al destacar lo argumentado por el órgano interamericano en el caso Acevedo Buendía vs. Perú en 2009, en el que “*precisó que*

163 Véase, por ejemplo, en el ámbito europeo el estadio más avanzado de protección de los que la Constitución de la Unión Europea denomina ‘derechos fundamentales de solidaridad’ en el estudio de David Ordóñez Solís, *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, ob. cit., especialmente pp. 91-200.

el artículo 26 consagra DESC exigibles, a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento).” Apunta la citada autora que “[e]n el caso, el representante alegó que “la falta de pago de las pensiones devengadas desde abril de 1993 hasta octubre de 2002 [...] configura también una violación del derecho a la seguridad social protegido por el artículo 26 de la Convención, que contiene una cláusula de remisión a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura [...]. Así, para el representante, “las obligaciones generales de respeto y garantía, así como la de adecuación del derecho interno, que se aplican respecto a todos los derechos civiles y políticos [...], también se aplican respecto de los derechos económicos, sociales y culturales.”¹⁶⁴

5.2 Los procedimientos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano ante la Comisión y ante la Corte

El procedimiento de protección de los derechos fundamentales en América se articula en torno a dos órganos, la Comisión y la Corte, cuya estructura y funcionamiento se inspiraron en el sistema europeo tal como funcionó hasta su modificación en 1994 y que se aplica desde 1998. La Convención Americana otorga tanto a la Comisión como a la Corte la atribución de supervisar las obligaciones que dicho instrumento impone a los Estados.

La Comisión Interamericana, integrada por siete miembros, representa a todos los Estados miembros de la OEA y sus funciones consisten en la supervisión de la Declaración Americana así como en el ejercicio de las facultades específicas que le otorga la Convención Americana respecto de los Estados parte; la Comisión puede publicar informes, realizar visitas o emitir comunicados de

¹⁶⁴ PINTO, Mónica. Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30351.pdf> [consulta: 30/06/18]

prensa, y puede, asimismo, tramitar y resolver casos individuales de violación de derechos humanos y, en caso de incumplimiento de sus recomendaciones por parte de los Estados, puede decidir llevar el caso a la Corte.

En cambio, la Corte Interamericana es un órgano jurisdiccional compuesto por siete jueces cuyas competencias pueden ser consultivas o contenciosas; pero sólo los Estados parte y la Comisión Interamericana pueden someter un asunto a su consideración.

La Comisión y la Corte representan instancias subsidiarias de la actuación de los jueces nacionales y respecto de los derechos humanos reconocidos por la Convención americana. Por tanto, el agotamiento de los recursos internos constituye un requisito de la admisibilidad de cualquier petición individual.

La Comisión y la Corte están facultadas para emitir recomendaciones, y la Comisión puede facilitar soluciones amistosas. Al desempeñar estas funciones, la Comisión y la Corte contribuyen a la justicia al menos de tres maneras con el fin de erradicar una práctica violadora a los derechos humanos: obligar al Estado a investigar una violación y sancionar a los culpables, conceder las reparaciones pecuniarias y simbólicas, e implementar en el ámbito interno reformas legislativas, administrativas y de otra naturaleza. Se trata de logros significativos no sólo para las víctimas y sus familiares sino también para la sociedad. Es importante notar también que la Comisión y la Corte están facultadas para dictar las medidas cautelares o provisionales con el fin de salvaguardar a los peticionarios o a los testigos.

5.2.1 El trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sobre el rol de la Comisión Interamericana, apuntan Nash Rojas y Sarmiento Ramírez que *«En las sentencias del año 2008 la Corte comenzó a esclarecer y delimitar los roles de cada interviniente en el sistema respecto de los casos contenciosos: la Comisión es*

el órgano que determina los hechos del caso [Corte IDH. Caso Chiriboga: hechos alegados por las víctimas: párr. 128], asimismo establece quiénes son las víctimas [Corte IDH. Caso Apitz: párr. 229; Caso Kimel. Quienes son víctimas: párr. 102 y 103; Heliodoro Portugal vs. Panamá: determinación de víctimas, párr. 165], y determina si se han agotado o no los procedimientos internos [Corte IDH. Salvador Chiriboga. Agotamiento de los recursos internos: párr. 44; Castañeda Gutman: párr. 40.]»

Continúan explicando los citados autores que, «*La Corte claramente distingue a la Comisión de las víctimas y requiere que ésta se desenvuelva como un órgano del sistema y no como parte en el proceso contencioso, reservándose el Tribunal la facultad "de efectuar el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión en lo referente al trámite de asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte. [...]" [Corte IDH. Caso Castañeda párr. 40.]»¹⁶⁵.*

El procedimiento ante la Comisión Interamericana presenta las siguientes particularidades. Por una parte, en el sistema americano, las denuncias pueden ser efectuadas por las víctimas, sus representantes, cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida legalmente en por lo menos uno de los Estados miembros de la OEA.

Esta amplia legitimación permite distinguir entre la calidad de víctima (persona a quien se le han violado sus derechos) y de peticionario (quien presenta la denuncia). La legitimación activa ante la Comisión viene establecida en el artículo 44 de la Convención por lo que puede demandar ante la Comisión Interamericana: cualquier persona o grupo de personas, una entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros o cualquier

165 Nash Rojas, Claudio; Sarmiento Ramírez, Claudia. Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/11518/11877> [consulta: 29/06/18]

Estado parte a otro Estado parte, siempre y cuando hubiera efectuado la declaración del art. 45 por la que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en las que alegue violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención.

La Convención entiende por 'persona' todo ser humano, y los grupos de personas que integran un litisconsorcio. En cuanto a las entidades no gubernamentales están sometidas a un solo requisito que consiste en el reconocimiento legal en uno o más Estados miembros de la OEA. La Comisión sólo puede conocer de las violaciones de derechos humanos atribuidas a los Estados sobre los cuales tiene competencia. La denuncia puede interponerse en ausencia de la autorización de la víctima o sus familiares.

Por lo que se refiere a las denuncias interestatales, los Estados pueden presentar denuncias contra otros Estados si formulan una declaración especial (art. 45 de la Convención). La Comisión también podría iniciar de oficio un caso de acuerdo con lo establecido en el artículo 26.2 de su Reglamento. Sin embargo, la Comisión no tiene la práctica de abrir casos de este modo. Las demandas interestatales tienen que cumplir con el requisito establecido en el art. 45 del Pacto que dispone:

"1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de notificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones a los derechos humanos establecidos en esta Convención.

Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión.

Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de los mismos a los Estados miembros de dicha Organización”.

Para presentar una denuncia deben cumplirse determinados requisitos, formales o materiales, de acuerdo con lo establecido en la Convención y en el Reglamento de la Comisión: la petición debe referirse a una presunta violación de un derecho protegido por la Convención respecto de un Estado parte (art. 1 de la convención y art. 31 del Reglamento) o respecto a una presunta violación de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre respecto a los Estados miembros que no sean partes en la Convención (art. 51 del Reglamento).

El Reglamento y la Convención establecen algunos requisitos formales para la presentación de las peticiones. En principio, la petición debe presentarse por escrito, contener nombre, nacionalidad, profesión u ocupación, dirección postal o domicilio y la firma de la persona o personas denunciantes, o en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, su domicilio o dirección postal, el nombre y la firma de su representante o representantes legales. Asimismo, debe contener una relación del hecho o situación que se denuncia especificando el lugar y fecha de las violaciones alegadas, y, si es posible, el nombre de las víctimas de estas. Y, en fin, debe indicar al Estado que el peticionario considera responsable por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; asimismo, debe informar sobre la circunstancia de haber hecho uso o no de los recursos de jurisdicción interna o sobre la imposibilidad de hacerlo. Por cuanto se refiere a los requisitos sustanciales, éstos son: el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna

o la aplicabilidad de una de las causas de excepción para su aplicación.

Respecto del agotamiento de recursos internos, la tutela de los derechos humanos corresponde en primer término a los tribunales de justicia de cada país. La protección internacional de los derechos humanos es subsidiaria, o sea que ante la inoperancia o la inexistencia de los recursos internos actúa la protección internacional. Los recursos internos que se deben agotar han de ser accesibles y también adecuados, o sea «capaces de satisfacer sus pretensiones».

Para que una petición, presentada conforme a los artículos 44 o 45, sea admitida por la Comisión, es preciso que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. Las excepciones a la aplicación de este principio son: que no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección de los derechos denunciados, que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. Estas tres excepciones también son aplicables a los Estados que no son parte en la Convención.

Cuando el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el requisito señalado, el Gobierno contra el que se dirige la petición deberá demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados, a menos que ello se deduzca claramente de los antecedentes contenidos en la petición. El plazo de presentación de la denuncia es de seis meses, contándose a partir de la fecha de la notificación de la sentencia definitiva.

La Comisión Interamericana no se inhibirá de conocer y examinar una petición cuando el procedimiento seguido ante la otra organización u organismos se limite al examen de la situación general

sobre los derechos humanos en el Estado aludido; el peticionario o algún familiar o tercera persona sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

El procedimiento seguido ante la Comisión Interamericana es como sigue. Una vez admitida la demanda se inicia el procedimiento común aplicable a los Estados parte de la Convención y a los que no lo son. Se deben cumplir los siguientes pasos.

La Comisión, por medio de su Secretaría, recibirá y tramitará las peticiones presentadas a la misma, de conformidad con las normas que se señalan a continuación: dará entrada a la petición anotándola en un registro especialmente habilitado para tal fin, y la fecha de su recibo se hará constar en la propia petición o comunicación; acusará recibo de la petición al peticionario indicando que será considerada de acuerdo con el Reglamento; si acepta la admisibilidad de la petición, solicitará informaciones al gobierno del Estado aludido transcribiendo las partes pertinentes de la petición. En caso de gravedad o urgencia o cuando se crea que la vida, la integridad personal o la salud de una persona se encuentren en inminente peligro, la Comisión solicitará al gobierno su más pronta respuesta, utilizando para ello el medio que considere más expedito. La solicitud de información no prejuzgará sobre la decisión que en definitiva adopte la Comisión sobre la admisibilidad de la petición. Al transmitir al gobierno del Estado aludido las partes pertinentes de una comunicación se omitirá la identidad del peticionario.

Por lo que se refiere a las cuestiones preliminares, la Comisión Interamericana continuará con el examen del caso y decidirá sobre las siguientes cuestiones: el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, pudiendo determinar las providencias que considere necesarias para aclarar las dudas que subsistan. Otras materias relacionadas con la admisibilidad de la petición o

su improcedencia manifiesta, que resulten del expediente o que hayan sido planteadas por las partes; si existen o subsisten los motivos de la petición, ordenando, en caso contrario, archivar el expediente.

Con esta norma terminan los principios y procedimientos comunes a los Estados, sean o no partes del Pacto. A partir de este momento, declarada admisible la demanda, la Comisión examina el fondo del asunto; en esta situación hay normas diferentes y especiales para los Estados que son parte en el Pacto y para los Estados que no lo son.

El procedimiento aplicable a los Estados parte de la Convención Americana tiene sus particularidades. La Comisión, al recibir una petición en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra la Convención, procederá en los siguientes términos: si reconoce la admisibilidad de la petición solicitará informaciones al gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación; dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, que como determinada la Comisión será de 90 días a partir de la fecha del envío de la solicitud. El gobierno del Estado denunciado puede pedir prórroga para presentar el informe, pero esta prórroga no podrá exceder el plazo de 180 días a contar de la fecha del envío de la primera comunicación. Si el gobierno del Estado denunciado no presenta el informe solicitado, se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición. Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente.

La Comisión Interamericana podrá declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición. Se da vista al peticionante de los informes presentados por el gobierno para que presente sus observaciones y las pruebas en contrario en el plazo de 30 días.

El procedimiento aplicable a Estados que no son parte en la Convención Americana se limita únicamente a los derechos humanos reconocidos por la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Finalizada la etapa de admisibilidad, la Comisión Interamericana emite la resolución final haciendo constar los hechos, las conclusiones, las recomendaciones y un plazo para su cumplimiento. La resolución se transmite al Estado interesado y al peticionario.

La sanción establecida para el caso de que el Estado no cumpla con las disposiciones de la Resolución será la publicación de un informe dentro del Informe anual que la Comisión presenta a la OEA o bien por medio del informe que la Comisión considere apropiado.

5.2.2 *El procedimiento seguido ante la Corte Interamericana: competencias consultivas y contenciosas*

La Corte Interamericana es el órgano jurisdiccional del sistema americano de derechos humanos cuya competencia debe ser aceptada expresamente por medio de una declaración de cada uno de los Estados parte de la Convención Americana. La declaración puede ser incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. El art. 61 de la Convención prescribe que «sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte». Las personas no tienen derecho de actuar en la jurisdicción contenciosa. La Corte puede intervenir siempre que el Estado acepte competencia.

La actividad de la Corte Interamericana no es especialmente intensa si se tiene en cuenta que, por ejemplo, en 2005 celebró 13 audiencias públicas referentes a casos contenciosos, y seis relativas a medidas provisionales; dictó 20 sentencias y atendió tres solicitudes de opinión consultiva.

5.2.2.1 *La competencia consultiva de la Corte Interamericana*

Las opiniones consultivas o dictámenes implican la atribución a la Corte de la competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las normas de la Convención y de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Las opiniones consultivas deben ser solicitadas con las siguientes condiciones: en caso de que la interpretación sea solicitada por un Estado miembro, la solicitud debe indicar las disposiciones que deben ser interpretadas, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del agente del solicitante; si la solicitud procede de un órgano de la OEA, debe indicar las disposiciones que deben ser interpretadas, de qué modo la consulta se refiere a su esfera de competencia, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección de sus delegados.

La propia Corte Interamericana ha delimitado sus atribuciones en materia consultiva señalando: «en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa». El proceso consultivo está destinado a ayudar a los Estados y Órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.

5.2.2.2 *La competencia contenciosa de la Corte Interamericana*

El procedimiento contencioso se inicia con la presentación de la demanda en la Secretaría de la Corte que debe cumplir con los siguientes requisitos: todo Estado parte que quiera introducir

un caso ante la Corte, conforme a lo dispuesto en el art. 61 de la Convención, entregará en la Secretaría la demanda con veinte copias, indicando el objeto de esta, así como los derechos humanos involucrados y el nombre y dirección de su agente. Recibida la demanda, el secretario inmediatamente solicitará el informe de la Comisión. Si la Comisión deseara introducir un caso ante la Corte, entregará juntamente con su informe en veinte ejemplares, una demanda debidamente firmada en la cual indicará su objeto, los derechos involucrados y el nombre de sus delegados. La demanda debe notificarse a la Comisión y a los Estados involucrados mediante el envío de copias por el secretario.

El examen del caso comprende dos etapas: una fase escrita y otra oral. La parte escrita consiste en la presentación de una memoria y una contramemoria, que pueden ser ampliadas si la Corte lo estima pertinente, con una réplica y una dúplica. El procedimiento oral consiste en una audiencia con debates dirigidos por el presidente de la Corte. Se redactarán actas de las audiencias, y podrán comparecer testigos, peritos u otras personas citadas.

Una vez concluido el examen, la Corte dictará la sentencia, cuyo contenido se detalla a continuación: – La descripción de los hechos. Los fundamentos de derecho. La condena por daños y perjuicios, si procede.

La sentencia puede contener la opinión disidente de alguno de los jueces y tiene carácter de definitiva e inapelable permitiendo sólo un recurso de interpretación, que según el artículo 67 de la Convención resolverá la misma Corte a solicitud de cualquiera de las partes. Ese recurso deberá presentarse dentro del término de 90 días contados a partir de la fecha de la notificación del fallo. El fallo debe comunicarse a los Estados Parte en la Convención.

En cuanto al cumplimiento de la sentencia, los Estados parte «se comprometen a cumplir la decisión de la Corte». Si la sentencia estableciera indemnización, «*se podrá ejecutar en el respectivo*

país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».

Cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

5.3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con el fin de ilustrar el alcance de la jurisprudencia de derechos humanos en América se han escogido algunos supuestos particularmente relevantes que se analizan a continuación y que giran en torno a derechos fundamentales básicos y, en particular, a su trascendencia en la República Dominicana.

En países que, como en la República Dominicana, se experimentan esquemas de desigualdades en el reparto de las riquezas y en los que la satisfacción de prerrogativas básicas, como el acceso a la alimentación, acceso al sistema de salud o qué no decir del acceso a la vivienda digna, entre otros, las discusiones y luchas más recurrentes han estado signadas por el reclamo de tutela del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Una lucha a la que se le agrega el componente de ser receptor de flujos migratorios, que movidos por esquemas pobreza extrema, buscan refugio en el país que le queda más cercano.

Sobre derecho a la igualdad y a la no discriminación, podemos destacar que, en la opinión consultiva 4/84 la Corte Interamericana ha manifestado que en virtud de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención se extiende al Derecho interno de los Estados parte que se

han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley¹⁶⁶.

Asimismo, a juicio de la Corte Interamericana los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación en tanto que la discriminación es la cara negativa de la igualdad y ambas constituyen la expresión del valor jurídico de la igualdad que está implícito en el concepto mismo del derecho. La igualdad penetró en el derecho internacional cuando ya el derecho constitucional había sustituido el concepto de igualdad ante la ley por el de igualdad jurídica entendido como una medida de justicia que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual. En este sentido la igualdad jurídica postula un derecho del hombre a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin discriminaciones y la no discriminación implica esa misma igualdad jurídica desde el punto de vista del derecho a no ser tratado con desigualdad, a no ser objeto de distinciones, deberes, cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias¹⁶⁷.

El peso de las desigualdades ha hecho que, por razones históricas, la igualdad jurídica se defina en el derecho internacional a través del concepto de no autoincriminación. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del status migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental

166 Corte IDH. Opinión Consultiva OC 4/84 del 19 de enero de 1984 sobre la Propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización, ya citada.

167 Corte IDH. Opinión Consultiva OC 4/84 del 19 de enero de 1984, Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.

a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de concesión de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Por tanto, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

Otro escenario que resulta de interés a la luz de los procesos políticos traumáticos del pasado, que ha padecido la República Dominicana y otros países latinoamericanos, es el relacionado al alcance de la libertad de pensamiento y expresión.

Sobre esos dos aspectos, la Corte Interamericana ha llevado a cabo en su opinión consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, planteada por el Gobierno de Costa Rica, un examen del alcance y los límites de esta libertad fundamental¹⁶⁸.

A juicio de la Corte Interamericana el artículo 14.1 de la Convención, al establecer el derecho de rectificación o respuesta y la frase «en las condiciones que establezca la ley», se refiere a diversas condiciones relacionadas con el ejercicio de ese derecho. Analizados los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, resulta que todo Estado parte que no haya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera

168 Corte IDH. Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de los periodistas.

otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de 'ley', tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención.

Asimismo, la Corte sostiene que, al regular tales condiciones, los Estados parte están obligados a asegurar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, incluidos los derechos a la protección judicial y a los recursos legales. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción¹⁶⁹. De modo que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias. En cuanto a la libertad de pensamiento y expresión, dicha libertad constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla incluso cuando su ejercicio provoque choque o inquiete.

169 Corte IDH. Opinión consultiva 7/86 de 29 de agosto de 1986 sobre la exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta.

La Corte considera que el concepto de orden público reclama que dentro de una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia que no es concebible sin el debate libre y de pleno derecho.

En fin, la Corte Interamericana no admite que se invoquen razones de orden público para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones como es el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención con infracción de los principios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

5.3.1 *La jurisprudencia de la Corte Interamericana y la República Dominicana*

5.3.1.1 *La sentencia de 8 de septiembre de 2005 sobre las niñas Yean y Bosico*

Por lo que se refiere a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana que afectan a la República Dominicana, la noria de las circunstancias revive el interés sobre los casos del pasado. La posición adoptada por el Tribunal Constitucional dominicano, respecto a la nacionalidad, en su sentencia 168-13, hace preciso recordar la sentencia de 8 de septiembre de 2005 de la CortelDH en el caso de las Niñas Yean y Bosico donde constató la violación de derechos fundamentales vinculados al derecho a la nacionalidad. A tal efecto, la Corte estableció que «el Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su

ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños»¹⁷⁰.

Por una parte, la Corte declinó examinar las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en la medida en que carecía de competencia para pronunciarse sobre hechos o actos sucedidos antes del 25 de marzo de 1999, fecha en la cual la República Dominicana reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. En efecto, el estado dominicano planteo la incompetencia contenciosa de la Corte, bajo el fundamento cierto de que la misma fue aceptada por la República Dominicana en el año 1999 y el caso de referencia fue sometido a la Corte en el 1997. La Corte rechazó la excepción, en el entendido de que en la especie se trataba de un hecho continuo, que no se cometió en un solo momento, sino que inició en el año 1997 y se mantuvo durante años.

Asimismo, el Estado dominicano sostuvo que en el Derecho interno existían mecanismos que permitían a las denunciantes reivindicar sus derechos, en particular la acción de amparo. La Corte rechazó la excepción, bajo el fundamento de que la misma no se presentó en el momento procesal adecuado y, además, porque si bien existía desde el año 1997 dicha acción, fecha de ratificación de la Convención sobre Derechos Humanos, instrumento donde se consagra la figura del amparo; también es cierto que en el año 1997, fecha de la denuncia, no existía un procedimiento a seguir en materia de amparo y en tal sentido no era un mecanismo viable.

También la Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho a la nacionalidad que en la República Dominicana se encuentra regulado en la Constitución de 14 de agosto de 1994 y que estaba vigente al momento de los hechos. Respecto de la excepción relacionada con los extranjeros que se encuentran en tránsito, tanto la Comisión como los representantes alegaron que las autoridades

170 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005 Serie C n°. 130, § 244.

del Estado habrían tomado la posición y la habrían hecho efectiva en la práctica de que los niños nacidos en la República Dominicana de ascendencia haitiana, como los son las niñas Dilcia y Violeta, no serían nacionales dominicanos, debido a que sus padres son trabajadores haitianos migratorios considerados en tránsito. Sin embargo, la Corte Interamericana consideró que *«al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos»*¹⁷¹. Por tanto y en atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado. Además, la Corte consideró que el tratamiento discriminatorio impuesto por la República Dominicana a las niñas Yean y Bosico se enmarca en la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas.

Por lo que se refiere al ejercicio de la titularidad de los derechos humanos, la Corte Interamericana apuntó que *«[l]a mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos*

171 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, ya citada, § 166.

poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana».

También, en la misma sentencia, la Corte Interamericana llegó a la conclusión de que «la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares»¹⁷².

En fin, en cuanto al derecho a la integridad personal y libertad de conciencia y de religión, la Corte Interamericana consideró en la sentencia de 8 de septiembre de 2005 y respecto de los familiares de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bórico que, a la vista de la Convención Americana y a la luz del principio *iura novit curia*, a las madres y a una hermana de las niñas se les causó incertidumbre e inseguridad la situación de vulnerabilidad que el Estado impuso a las niñas Yean y Bosico, por el temor fundado de que fueran expulsadas de la República Dominicana, de la que eran nacionales, en razón de la falta de las actas de nacimiento, y a las diversas dificultades que enfrentaron para obtenerlas.

5.3.1.2 *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*

En este caso, referido a la facultad del Estado sobre la expulsión de extranjeros, sobre los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales, de circulación y de residencia, y la protección judicial, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y adicionalmente los derechos del niño. Aprovecha

172 Corte IDH, sentencia de 8 de septiembre de 2005, ya citada, § 179.

la Corte el escenario para reiterar “su jurisprudencia sobre los mencionados derechos consagrados en los artículos 7, 8, 19, 22.1, 22.5 y 22.9, 25.1 y 1.1 de la Convención Americana.”

En tal sentido, “[...] hizo referencia a que cualquier restricción al derecho la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas por ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). Además, aludió al elenco de garantías mínimas del debido proceso legal, que se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, así como a los estándares relacionados con procesos de expulsión, sobre lo cual ha sostenido que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio”.

Enfatiza la Corte en este caso que “[...] un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas y resaltó que en los procesos de expulsión en que se encuentren involucrados niñas y niños el Estado deber observar además las garantías que tienen como objetivo la protección del interés superior de los niñas y niños [...]”.

5.3.1.3 Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana

Vinculado también al tema de la migración y uso de la fuerza en el control fronterizo, la CortelDH se ha referido al sistema legal de la República Dominicana, haciendo recomendaciones respecto a la protección de los migrantes.

En ese orden dijo la CortelDH, respecto al vacío legislativo para el control de frontera, que “79. *De los hechos del caso y de la prueba aportada en el proceso ante la Corte, se desprende que, para el*

momento de los hechos, República Dominicana no contaba con una legislación que estableciera los parámetros para el uso de la fuerza porte de agentes del Estado (...)."

Al referirse la Corte a las obligaciones de adecuación legislativa, recuerda: "80. Esta Corte ha establecido con anterioridad que existe un deber del Estado de adecuar su legislación nacional y de "vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción".

También subraya la Corte: "80. [...] El Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios sobre empleo de la fuerza y Código de conducta. En este sentido debe dotar a los agentes de distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte."

Concluye la Corte estableciendo: "82. [...] el Estado no cumplió con su obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal mediante una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza, tampoco demostró haber brindado capacitación y entrenamiento en la materia a los agentes encargados de hacer cumplir la ley y en específico a los agentes involucrados en los hechos del caso (...), en contravención del deber de garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, en conexión con el artículo 1.1 y de adopción de medidas de derecho interno, dispuesto en el artículo 2 de la Convención".

Bibliografía de la primera parte

- ACOSTA, Hermógenes y MACHADO, José. (dir.). *Constitucionalización del proceso civil*. Santo Domingo : Escuela Nacional de la Judicatura. 2005.
- AHUMADA RUIZ, MARIAN, *LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA. BASES TEÓRICAS Y POLÍTICAS*. GARRIGUES CÁTEDRA Y THOMSON-CIVITAS, NAVARRA, 2005.
- ALBESTURY, Pedro, y otros, *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1999.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Cuadernos de Derecho Público n° 13, mayo-agosto de 2001, pp. 13-43.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Gaceta Jurídica UE y de la competencia* n° 209, 2000, pp. 3-17.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Jean Monnet Working Papers 4/02, NYU School of Law, Nueva York, 2002 www.jeanmonnetprogram.org/papers .
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, y Daniel Sarmiento, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 74, mayo-agosto de 2005, pp. 63-110.

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*. 2ª ed. Ariel : Barcelona, 2004.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Civitas : Madrid, 1985.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Juez y Constitución. *Revista de Derecho Político* nº 47, 2000, pp. 69-90.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos : Madrid, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Civitas : Madrid, 1990.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (dir.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., y J. V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BERAMDANE, Abdelkhaleq, "Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne", *Revue du Droit de l'Union européenne* nº 3/2003, pp. 613-645.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. trad. de J.L. Requejo Pagés y de I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1993.

- BRONZINI, Giuseppe. La Costituzione europea e il suo modello sociale: una sfida per il Vecchio continente. *Democrazia e diritto* n° 2/2003, monográfico sobre Europa, Francoangeli, Milán, 2003, pp. 174-202.
- DE BÚRCA, Gráinne. *The European Court of Justice*, Academy of European Law. Joseph H.H. Weiler (ed.). European University Institute of Florence. Oxford University Press : Nueva York, 2001.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio. Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n°4, julio-diciembre de 2005, pp. 9-42.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio. La Interpretación de los Tratados en el Derecho Internacional y Especificidad de los Tratados de Derechos Humanos”, 2006, en www.amag.edu.pe <consulta: noviembre de 2006>.
- CARDONE, Andrea. Tutela dei diritti, Costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato. *Diritto Pubblico* n° 2/2005, pp. 365-425.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Trotta : Madrid, 1999.
- CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. *Consultor de Jurisprudencia Constitucional Dominicana. Período contenidos 1924-1930/1995-2005*. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini : Santo Domingo, 2005.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *La Acción de Tutela colombiana*. Konrad Adenauer Stiftung A. C. : Buenos Aires Argentina, 1999.

- CIPRIÁN, Rafael. *Constitucionalidad y derechos del ciudadano*. Santo Domingo, 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Consolidación de Derechos y Garantías en el Siglo XXI*. Madrid, 1999.
- CONTE, A, A. *Europe of Rights. History of the EU Charter*, Parlamento Europeo, OPUE, Luxemburgo. 2012, doi: 10.2861/46082.
- CRUCETA, José Alberto, Justiniano MONTERO MONTERO y Hermógenes ACOSTA DE LOS SANTOS. *La Constitución comentada por el poder judicial*. Santo Domingo, República Dominicana, 2006.
- HUECA SANCHO, Ángel G. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1999.
- DE HOSTOS, Eugenio María. *Lecciones de Derecho Constitucional*. ONAP : Santo Domingo, 2001.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos : Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *El Juez español y el Derecho comunitario*. Consejo General del Poder Judicial : Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003 (última edición de 2013).
- FABIAN, Novak. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2006. Disponible en www.amag.edu.pe <consulta 28 de junio del 2006>.

- FABRE, Cécile. *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*. Oxford University Press : Oxford, 2000.
- FAVOREAU, Louis. "Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional". *Fundamentos* n° 4/2006, pp. 263-274.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 4ª ed., Madrid : Trotta, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. Madrid : Trotta, 2005.
- FERRARO, F., y J. CARMONA. *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Le rôle de la Charte après le Traité de Lisbonne*, Parlamento Europeo, 2015, doi: 10.2861/592904, (inglés, francés y alemán).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa : México, 2004.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trotta : Madrid, 2001.
- FROMONT, Michel. "La diversité de la justice constitutionnelle en Europe". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 9, Madrid (2005), pp. 89-103.
- GAMBINO, Silvio, y MOSCHELLA, Giovanni. L'ordinamento giudiziario fra Diritto comparato, Diritto comunitario e CEDU. *Politica del Diritto* vol. XXXVI, n° 4, diciembre de 2005, pp. 543-623.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. 2ª edición, Civitas : Madrid, 2001.
- GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Siglo XXI de España Editores : Madrid, 2005.
- GUILLAUME, Marc. "La question prioritaire de constitutionnalité", *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, pp. 279-309.
- HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, París, 1966.
- HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, «...les droits et libertés que la constitution garantit» : *quiproquo* sur la QPC?, *La Revue des droits de l'homme* 10, 2016, disponible en <http://journals.openedition.org/revdh/2481>; DOI : 10.4000/revdh.2481 (última consulta 25/06/2018).
- HERVEY, Tamara K., y KENNER, Jeff. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Hart Publishing : Oxford 2003.
- HESS ARAYA, Christina y BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena. *Ley de la Jurisdicción constitucional, Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal*. 3ª ed., Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, 2006.
- JORGE PRATS, Eduardo. *Limitaciones de la Aplicabilidad de la Acción*. *Revista Estudios Jurídicos*, Volumen IX, No.2, mayo-agosto 2002, Santo Domingo, República Dominicana, 2002.
- LASSER, Mitchel. *Anticipating three models of judicial control, debate and legitimacy: The European Court of Justice, the*

Cour de cassation and the United States Supreme Court, Jean Monnet Working Paper n° 1/03, New York School of Law, New York, 2003.

- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel : Barcelona, 1986.
- LÖSING, Norbert. "Estado de Derecho y Debido Proceso Penal". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad - Adenauer : Medellín, Colombia, 1998, pp. 449-481.
- LUCIANO PICHARDO, Rafael. *La Justicia Constitucional*. Ed. Corripio : Santo Domingo, 2006.
- LUCIANO PICHARDO, Rafael y HERNÁNDEZ MACHADO, José E. "La Evolución del Derecho Procesal Constitucional a través de los Órganos Judiciales de la República Dominicana", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 257-264.
- MANGAS MARTÍN, A. (dir.). *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA : Bilbao, 2008.
- MUÑOZ MORALES, Luis. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1949.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 9ª edición, Temis, Bogotá, 2003.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Constitución y relaciones privadas*. Cuadernos de Derecho Judicial XI-2003, Madrid, 2004.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, Consejo General del Poder Judicial e Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. "Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español: o cómo salir del laberinto", *La Ley*, 5 de junio de 2003.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una sociedad democrática*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad (derechos sociales, medio ambiente y consumidores)*, Comares, Granada, 2006.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. "Cómo hacer cosas con casos. Derechos fundamentales, integración europea y jueces", *Revista Aranzadi Unión Europea*, marzo de 2007, pp. 25-40.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global - Globalización, Derecho y Jueces*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. "El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomía y la protección judicial de los derechos fundamentales. *Noticias de la Unión Europea* n° 291, abril de 2009, pp. 5-29.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. "La configuración del espacio judicial europeo. *Cuadernos Europeos de Deusto* n° 50 (Ejemplar dedicado a: 25° aniversario (1988-2013). Grandes hitos de la construcción europea), 2014 pp. 105-139.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. "La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual. *Revista europea de derechos fundamentales* n°. 25, 2015, pp. 401-433
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. "La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea. En: *La crisis de las personas*

refugiadas y su impacto sobre la UE, Eurobasque, Bilbao, 2016, pp. 41-109.

- DE OTTO PARDO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2ª edición. Ariel Derecho : Barcelona, 1988.
- PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel. El Amparo Constitucional. *Revista Estudios Jurídicos*, Volumen I, No. 3, septiembre-diciembre 2001. Santo Domingo, República Dominicana, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ª ed., Tecnos : Madrid, 1995.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons : Madrid, 2005.
- REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. Ed. Porrúa : México, 2008.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho. *Fundamentos* n° 4/2006, pp. 203-233.
- SALVIOLI, Fabián. *El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, XXXVII Sesi3n d'enseignement Institut International des droits de l'homme. Estrasburgo, 2006.
- SILVESTRI, Gaetano, "Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali", *Quaderni costituzionali, Rivista Italiana di Diritto Costituzionale* n° 1/2006, marzo de 2006, pp. 7-24.
- SINGH JUSS, Satvinder. Constitutionalising Rights without a Constitution: the British Experience under Article 6 of the Human Rights Act 1998", *Statute Law Review* vol. 27, n° 1, 2006, pp. 29-60.
- STORY, Joseph, *Comentario Abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, Ed. Oxford, México, 1999.

- SUBERO ISA, Jorge A., *Discurso Conmemorativo "Día del Poder Judicial*. Audiencia Solemne del 7 de enero del 2006, Editora Taína, Santo Domingo, 2006.
- TEROL BECERRA, M.J., F., ÁLVAREZ-OSSORIO, Micheo y BARRERO ORTEGA, A. *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo blanch : Valencia, 2005.
- *Jurisprudencia Corte Constitucional 1992-2003 (versión digital)*. D.M.S. Ediciones Jurídicas : Bogotá D.C, 2005.
- *La Jurisprudencia Constitucional en Latinoamérica*. Trad. M. Anzola Gil. Fundación Konrad Adenauer : Montevideo, 2002.
- VILLALOBO, José Miguel. *El Recurso de Amparo en Costa Rica*. Konrad Adenauer Stiftung A. C. : Buenos Aires Argentina, 1999.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal* vol. 115, 2006, pp. 1346-1406.
- WEILER, Joseph H.H. *Europa, fin de siglo*. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1995.
- WEILER, Joseph H.H. *The Constitution of Europe. Do the New Clothes have an Emperor and Other Essays on European Integration*. Cambridge University Press : Cambridge, 1999.
- XIFRAS HERA, Jorge. *Curso de Derecho Constitución*. Tomo I, 2ª edición. Bosch : Barcelona, 1957.
- YOUNG, Alison L. The Charter, Constitution and Human Rights: is this the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law? *European Public Law* n° 11/2, junio de 2005, pp. 219-240.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. La Ley, el Derecho y la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 72, septiembre-diciembre de 2004, pp. 11-24.

SEGUNDA PARTE

SUMARIO: CAPÍTULO 6. El recurso de amparo ante el tribunal constitucional español. **CAPÍTULO 7.** El procedimiento de protección judicial de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios españoles. **CAPÍTULO 8.** Las relaciones de los jueces españoles con los jueces europeos: diálogo y conflicto. **CAPÍTULO 9.** La interpretación de los derechos fundamentales por los jueces españoles en la integración europea. **CAPÍTULO 10.** El recurso de amparo y sus orígenes históricos en México. **CAPÍTULO 11.** La protección judicial de los derechos fundamentales en Costa Rica. **CAPÍTULO 12.** Los derechos fundamentales en Argentina y su procedimiento de protección judicial. **CAPÍTULO 13.** Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales a través del el proceso constitucional de amparo en el Perú. **CAPÍTULO 14.** El origen y el desarrollo de la acción de tutela en Colombia.

La Accion de Amparo Ante los Tribunales en los Sistemas Constitucionales Contemporáneos Comparados

Así como la Primera parte se ha dedicado a aspectos fundamentalmente sustantivos -la consagración de los derechos fundamentales y su proceso de constitucionalización e internacionalización-, esta Segunda parte tiene un enfoque primordialmente comparado pues pretende poner de manifiesto la importancia de los distintos procedimientos judiciales de amparo de los derechos fundamentales. A tal efecto, se procura exponer los distintos procedimientos judiciales de protección de los derechos fundamentales que podrían ser útiles en el ámbito jurídico dominicano.

El amparo judicial, entendido como una garantía procesal que busca la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales contra las acciones arbitrarias y contrarias a la ley cometidas por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones e incluso por la irradiación de los derechos fundamentales que supone en las relaciones privadas, ha tenido un especial éxito

en las Constituciones de América siendo pionera, sin duda, la experiencia mexicana.

En efecto, el juicio de amparo, tal como se configuró en México en el siglo XIX y tal como se reflejó en su Constitución de 1917, ha sido trasladado y adoptado de manera progresiva por la mayoría de los textos fundamentales latinoamericanos, aunque en algunos de ellos con denominaciones distintas: en la Constitución argentina de 1949 (art. 43), en la Constitución boliviana de 1967 (art. 19), en la de Brasil (*mandado de segurança*, art. 5), en la constitución de Chile (recurso de protección del art. 21), en Colombia (tutela jurídica del art. 86), de Costa Rica (art. 48), de El Salvador (art. 182.1), de Guatemala (art. 265), de Honduras (art. 183), de Nicaragua (art. 188), de Panamá (art. 50), de Paraguay (art. 134), de Perú (art. 200), de Uruguay (art. 7º) y de Venezuela (art. 27); asimismo, si bien no de manera expresa, la acción de amparo uruguayo se deriva del artículo 7 de la Constitución conforme al cual «los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad...» y en este sentido la Ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988 regula la acción de amparo en el Uruguay.

Con el fin de presentar una visión panorámica del nacimiento y de la evolución del amparo en Latinoamérica, se analizarán los ordenamientos comparados que por sus características históricas -como es el caso del amparo mexicano-, por sus especialidades jurisdiccionales -en el supuesto del derecho argentino-, o por su vinculación con la Convención Americana de Derechos Humanos -en el supuesto de Costa Rica-, están más cercanos y pueden servir como término de comparación de la experiencia judicial y legislativa del derecho dominicano.

En la Constitución de la República Dominicana, del 2010, se reconoce al amparo en términos similares al modelo argentino y peruano. No obstante, mediante el proceso de amparo en el Perú se tutela sólo el contenido constitucional directamente protegido del derecho invocado.

En el examen de los distintos amparos judiciales nacionales procuramos hacer, en primer lugar, una presentación histórica; a continuación exponemos los derechos constitucionales susceptibles de amparo y, en tercer lugar, nos referimos a las cuestiones más relevantes desde el punto de vista del procedimiento judicial. En todos los casos procuramos resaltar las particularidades mexicana, argentina, costarricense, peruana y colombiana en la medida en que resulten útiles desde la perspectiva del derecho dominicano.

Con el fin de que contribuya a conseguir los objetivos didácticos propuestos, tomamos como referencia seis ordenamientos nacionales, uno de Europa y cinco de América, como es el caso de España, por una parte, y de México, Costa Rica, Argentina, Perú y Colombia, por otra, para que sirvan de referencia en la articulación de la vía procesal aplicable en la República Dominicana, al que dedicaremos la Tercera parte.

Se trata, por tanto, de una parte eminentemente procedimental en la que se analizan las vías procesales para la protección en cada uno de los ordenamientos elegidos de los derechos fundamentales.

En este sentido, es un análisis preocupado por alentar la seguridad jurídica y por favorecer la utilización de una vía judicial de protección de los derechos fundamentales que puede tener un extraordinario efecto en el Derecho dominicano.

También por sus consecuencias prácticas se procura poner de relieve las consecuencias para la propia Administración de Justicia de unos procedimientos, como ha ocurrido por ejemplo en España, que por su generosidad estuvo a punto de colapsar en 2007 el mismo sistema de justicia constitucional.

En todo caso ha de advertirse que si bien el examen procedimental pudiera parecer intrincado técnicamente, su regulación debe estar presidida por un objetivo de hacer efectiva la tutela judicial de los derechos fundamentales de nuestra sociedad.

CAPÍTULO 6. El Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional español

David Ordóñez Solís

La Constitución democrática de 1978 supuso un cambio decisivo en la historia de España y en el modo de entender el ejercicio de la jurisdicción. Por una parte, se consagró un elenco de derechos y libertades que eran aplicables por los jueces en la medida en que formaban parte de la Constitución. Pero también se estableció un Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, incluidos los derechos y libertades, y confiriendo un carácter más garantista de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 a 29 de la Constitución que eran susceptibles de amparo no sólo ante los Tribunales ordinarios sino, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional.

El examen comparado y el análisis del amparo judicial de los derechos fundamentales en España pueden resultar muy útiles desde el punto de vista del juez dominicano. Más de 40 años de procedimiento judicial y de procedimiento constitucional han ofrecido los aspectos más positivos de las garantías y las deficiencias procedimentales que han exigido varias reformas legislativas

El objetivo de este apartado consiste en exponer las distintas vías de protección constitucional de derechos fundamentales en el

ordenamiento español. Para esto se intentará distinguir entre el procedimiento judicial ordinario y los procedimientos especiales ante los tribunales y ante el tribunal constitucional español. Y también se pretende explicar las consecuencias de cooperación e incluso de conflictos que tiene erigir a distintos órganos judiciales supremos -Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Español, así como los tribunales europeos- como garantes de los derechos fundamentales.

En el Derecho español el término 'amparo' o, más propiamente, el 'recurso de amparo' se reserva para la protección especial por el Tribunal Constitucional de determinados derechos consagrados constitucionalmente en los artículos 14 a 30 de la Constitución. En este sentido, el artículo 161.1.b) de la Constitución española de 1978 establece como competencia del Tribunal Constitucional el conocimiento «del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca».

Es decir, a las tradicionales funciones de control concentrado de constitucionalidad y de resolución de conflictos entre los poderes centrales ('el Estado') y los poderes regionales ('las Comunidades Autónomas') e incluso con posterioridad respecto de los poderes locales, la Constitución española de 1978 estableció un Tribunal Constitucional encargado de resolver los recursos de amparo frente a la violación de determinados derechos fundamentales.

6.1 El recurso de amparo y su regulación en la Constitución española de 1978

Los derechos sometidos a una protección judicial reforzada se corresponden con los consagrados en los artículos 14 a 30 de la Constitución. Sobre algunos de estos derechos no hay discusión respecto de su esencialidad como es el caso del 'derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes'

del artículo 15; o la 'libertad ideológica, religiosa y de culto' del artículo 16; o, en fin, el 'derecho a la libertad y a la seguridad' del artículo 17, sin perjuicio de la discusión realmente importante sobre su alcance.

En cambio respecto de otros se podría dudar, según el modelo social existente, de la procedencia de su inclusión en este catálogo especialmente protegido, como podría ser el derecho a la educación del artículo 27 o la libertad sindical y el derecho a la huelga del artículo 28. Derechos y libertades mejor protegidos que otros que fueron excluidos de este primer grupo de derechos como es el caso del derecho de propiedad del artículo 33. O también otros derechos que, indudablemente, tienen menor envergadura al menos históricamente como la prohibición de tribunales de honor del artículo 26 o el derecho de petición del artículo 29 de la Constitución.

Y, en fin, otros derechos de los incluidos que, sin embargo, han planteados especiales problemas de interpretación -como es el derecho a no ser discriminado del artículo 14- y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24-. En todo caso debe recordarse que la determinación de los derechos más fundamentales, incluyendo unos y excluyendo otros, es fruto del espíritu de consenso y transacción que presidió la adopción de la Constitución de 1978 y que trataba de conciliar desde un punto de vista ideológico las posiciones mayoritarias, conservadora y socialista, que integraban las Cortes constituyentes elegidas democráticamente en junio de 1977.

Del recurso de amparo la Constitución establece únicamente su ámbito de aplicación, es decir los derechos fundamentales susceptibles de amparo, y los legitimados, tal como señala el artículo 162.1.b) «para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal»; la regulación específica del recurso de amparo constitucional, en particular los aspectos

procedimentales, queda confiada en lo demás a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁷³.

A pesar de la escasa regulación del recurso de amparo en la propia Constitución, por la configuración de las demás competencias del Tribunal Constitucional parece deducirse claramente que el objetivo pretendido es ofrecer un procedimiento judicial particularmente reforzado encomendando su garantía al máximo intérprete de la Constitución¹⁷⁴. Pero, tal como expuso Casas Baamonde, que fue presidenta del Tribunal Constitucional español, «*los recursos de amparo deben ser concebidos cabalmente como un remedio in extremis o verdaderamente último, al que sólo se acude tras agotar todos los remedios judiciales y al que se llega con plena conciencia de que la acusación deducida ante el Tribunal (la infracción de la Constitución, la lesión del derecho subjetivo fundamental o ambas cosas) tiene la suficiente relevancia, por negadora de la funcionalidad del sistema, como para que deba ser obligado argumentarla con la mayor exhaustividad y exigencia*»¹⁷⁵.

-
- 173 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE nº 239, de 5 de octubre de 1979). Hasta el momento esta Ley Orgánica ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, en relación con la objeción de conciencia; la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, que suprime el recurso previo de inconstitucionalidad; la LO 6/1988 de 9 de junio, que modifica las causas de inadmisibilidad de los recursos-; la LO 7/1999 de 21 de abril, que introduce los conflictos en defensa de la autonomía local, por la LO 4/1985 de 7 junio 1985; la LO 1/2000, de 7 de enero; la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, sobre la configuración del recurso de amparo y la mejora del reparto del trabajo del Tribunal; la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, sobre renovación de miembros; y la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.
- 174 En la doctrina española se discute sobre las diferentes configuraciones 'constitucional' y 'legal' del recurso de amparo; a tal efecto, Francisco Rubio Llorente, *Estudios sobre jurisdicción constitucional, ob. cit.*, pp. 33-34, interpreta que la voluntad del poder constituyente expresada en el artículo 53.2 de la Constitución es que el recurso de amparo fuese 'alternativo' y no, como lo establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 'subsidiario'.
- 175 María Emilia Casas Baamonde, *Memoria 2005 del Tribunal Constitucional*, Madrid, marzo de 2006, <http://www.tribunalconstitucional.es/MEMORIAS.htm> .

6.2 El procedimiento del recurso de amparo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Tal como disponía la Constitución, fue la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que en 1979 adoptó un procedimiento para el recurso de amparo. De acuerdo con el artículo 80 de esta Ley Orgánica tienen carácter supletorio en materia de procedimiento la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, las leyes generales y comunes de la organización judicial y del procedimiento jurisdiccional aplicable a los jueces y tribunales españoles.

Los aspectos del recurso de amparo constitucional que conviene examinar son el objeto y la legitimación para su interposición, el procedimiento seguido y los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

6.2.1 *Los actos susceptibles de impugnación en el recurso de amparo constitucional: Administraciones y Jueces*

Siguiendo la delimitación constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reitera los derechos susceptibles de amparo y el carácter subsidiario de su intervención. Por eso, el artículo 41.1 LOTC dispone:

“Los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30 CE”.

Lo más relevante de esta disposición es, sin duda, la distinción que trata de hacer la Ley Orgánica entre el propio recurso de amparo y la ‘tutela general’ encomendada a los tribunales ordinarios. A tal efecto, el Tribunal Constitucional no se ha cansado de repetir que el recurso de amparo constitucional no es una nueva instancia

judicial y que en el amparo lo que examina el Tribunal Constitucional se refiere únicamente a los aspectos constitucionales, y no los legales, de la vulneración invocada. Esto determina que el Tribunal Constitucional deje fuera de su enjuiciamiento, por ejemplo, aquellas actuaciones o actividades que corresponden exclusivamente a la jurisdicción ordinaria y que tienen sus propios procedimientos de control. Por tanto, como ha explicado el Tribunal Constitucional en su sentencia n° 159/2004, de 4 de octubre:

“Conviene recordar al respecto que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, a este Tribunal no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que el art. 117.3 CE atribuye dicha tarea a los Jueces y Tribunales ordinarios. A la jurisdicción constitucional corresponde únicamente, a los efectos que ahora interesan, controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulte, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia revisora de las actuaciones propias de la competencia específica de los órganos judiciales, lo que impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por los Jueces o Tribunales que integran el Poder Judicial, salvo en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 120/1990, de 28 de junio, FJ 2; 220/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2; 57/2002 de 11 de marzo, FJ 2; 125/2002 de 20 de mayo, FJ 2; 137/2002, de 3 de junio, FJ 8; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4 y 119/2003, de 16 de junio, FJ 2)”¹⁷⁶.

La configuración del recurso de amparo constitucional pretende que ninguna actuación de los poderes públicos quede excluida

176 TC (Sala 1ª), sentencia n° 159/2004, de 4 de octubre (ponente: Rodríguez-Zapata Pérez, FJ 9).

de su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional. Son básicamente tres los tipos de recursos de amparo que proceden según el órgano o el poder público contra el que se dirijan: los relativos a la actuación de las Administraciones, de los Jueces e incluso de los Parlamentos. En efecto, con carácter general se establece el recurso de amparo en el artículo 41.2 en estos términos:

El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Aun cuando los recursos de amparo se dirigen fundamentalmente contra actuaciones de las Administraciones y de los Jueces, con el fin de agotar todas las posibilidades, la Ley Orgánica detalla las particularidades que tiene el recurso de amparo contra los Parlamentos, nacional y autonómicos, los Gobiernos, nacional y autonómicos, así como sus Administraciones, y contra los Jueces.

En efecto, las actuaciones que cuantitativamente son menos importantes en el recurso de amparo constitucional se refieren a la actuación de los Parlamentos, cuya regulación establece el artículo 42 LOTC en estos términos:

“Las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

Con esta previsión se ha evitado cualquier indefensión jurídica que no haya quedado protegida jurisdiccionalmente. En cuanto a la

actividad legislativa de los Parlamentos su impugnación habitual será a través del recurso de inconstitucionalidad; y, por ejemplo, cuando se trata de actividades meramente administrativas, en el ejercicio por un poder público como el Parlamento español o los Parlamentos autonómicos –tal es el caso de las controversias en materia de contratación de personal por los parlamentos–, la competencia para su enjuiciamiento corresponde a los tribunales contencioso-administrativos y, por tanto, no procede esta vía especial¹⁷⁷.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia n° 226/2004, de 29 de noviembre, ha amparado a determinados parlamentarios autonómicos frente a decisiones del Parlamento de Galicia relativas a la disolución anticipada de la comisión no permanente de investigación sobre la catástrofe del petrolero *Prestige*, y al mismo tiempo ha caracterizado este recurso de amparo contra actos específicos de los Parlamentos de la forma siguiente: «el ejercicio de nuestra jurisdicción de amparo se ha extendido con naturalidad, cuando así lo ha requerido la defensa de los derechos fundamentales, al terreno de las relaciones más típicamente intraparlamentarias, tradicionalmente inmunes a la jurisdicción»¹⁷⁸.

No obstante, el origen habitual de la vulneración de los derechos susceptibles de amparo radica a partes iguales en las Administraciones o en los Tribunales, a los que, de manera detallada, se refieren los artículos 43 y 44 LOTC. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cualquier violación de una Administración debe necesariamente impugnarse ante los Tribunales ordinarios para poder

177 De acuerdo con el artículo 1.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa están sujetos a esta jurisdicción: «Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo».

178 TC (Sala 1ª), sentencia n° 226/2004, de 29 de noviembre (ponente: Casas Baamonde, FJ 1); sin embargo, es de gran interés leer el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez.

acceder en amparo ante el Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 43.1 LOTC se refiere a las violaciones imputables a las Administraciones públicas en estos términos:

“Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”.

En cambio, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional configura un recurso de amparo autónomo frente a vulneraciones de derechos fundamentales imputables en exclusiva a los Jueces, de modo que el artículo 44.1 LOTC preceptúa:

“Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”.

Es preciso recordar que cuando la invocación de los derechos fundamentales se hace frente a particulares, será preciso, antes de llegar en amparo ante el Tribunal Constitucional, intentar el amparo de los jueces ordinarios. A tal efecto se ha recordado que «el Tribunal Constitucional no sólo no ha acogido la doctrina de la eficacia mediata de los derechos fundamentales (a través de los jueces, por defectos de ponderación de los derechos constitucionales al interpretar los conceptos indeterminados y cláusulas abiertas de las leyes) sino que –y ésta es cuestión netamente diferenciable de la anterior– tampoco ha cerrado el recurso de amparo al enjuiciamiento de fondo de aquellas lesiones (luego veremos con qué requisitos y límites). Para nuestra doctrina constitucional los derechos fundamentales ordenan directamente las relaciones jurídico-privadas»¹⁷⁹.

En suma, el recurso de amparo constitucional, salvo en el supuesto del recurso dirigido contra los Parlamentos, debe estar precedido por una impugnación ante los Jueces ordinarios bien de los actos de las Administraciones bien de los propios actos de los Jueces. Tal como examinamos a continuación, lo más habitual es que se interpongan recursos de amparo mixto en los que se denuncie la vulneración de los derechos susceptibles de amparo por la Administración pero también por los Jueces a la hora de enjuiciar la actuación administrativa.

Los legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional son, en términos generales, las partes en el proceso judicial previo, y en todos los casos el Ministerio Fiscal. También está legitimado activamente el Defensor del Pueblo.

En fin, los recursos de amparo constitucional son resueltos por las dos Salas de seis magistrados cada una del Tribunal Constitucional en los términos que establece el artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

179 Francisco Velasco Caballero, "Articulación de las jurisdicciones constitucional y judicial ante lesiones de derechos fundamentales originadas por particulares", *ob. cit.*, pp. 394-395.

6.2.2 *El procedimiento del amparo ante el Tribunal Constitucional*

El procedimiento de amparo constitucional resulta sumamente sencillo dado que se inicia mediante demanda, y una vez admitido el recurso se confiere traslado a las partes, incluido el Ministerio Fiscal, para alegaciones. De manera muy excepcional se recibe el recurso a prueba y se concluye con la sentencia del Tribunal Constitucional. En realidad, la fase del procedimiento más importante es la misma admisión a trámite de la demanda y, obviamente, la sentencia.

La formulación de la demanda no tiene apenas particularidades en relación con la práctica forense española de modo que de conformidad con el artículo 49.1 LOTC:

“El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que los fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado”.

Los recurrentes en amparo constitucional en España en 2017

Recurrente	Número de recursos
Particulares	5.468
Personas jurídicas de Derecho privado	748
Entes públicos	65
Defensor del Pueblo	-
Ministerio fiscal	-
TOTAL	6.286

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*, Madrid, 2018.

Ahora bien, el problema planteado por el recurso de amparo constitucional radica en una cuestión que parecería subsidiaria como es la de la admisión a trámite, de la que conoce una Sección

-integrada por tres magistrados- de la Sala correspondiente del Tribunal Constitucional en los términos que señala el artículo 50 LOTC¹⁸⁰.

En efecto, fue tal el éxito del recurso de amparo que terminó colapsando el funcionamiento del Tribunal Constitucional. Por esa razón, el procedimiento fue modificado en 1988 y en 2007. Antes de la reforma de 2007 alrededor del 95% de los recursos de amparo constitucional era inadmitidos a trámite mediante una simple providencia.

Con la modificación de 2007, como señalaba Garberí Llobregat, se pretendía potenciar la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, racionalizar el reparto interno de las tareas en el propio Tribunal Constitucional y modificar las condiciones de admisibilidad de las demandas de amparo¹⁸¹.

En este caso, el preámbulo de la Ley Orgánica de 2007 de reforma confiesa abiertamente su principal finalidad del modo siguiente:

"Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de

180 Ángel J. Gómez Montoro, en *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y BOE, Madrid, 2001, pp. 796-833.

181 José Garberí Llobregat, "Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo", *La Ley* n° 6413, Madrid, 2 de febrero de 2006, pp. 1-5.

una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria”¹⁸².

Por lo que se refiere a la admisión de los recursos también en el preámbulo se manifiesta que se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». De modo que con la reforma de 2007, la clave de la admisión de los recursos de amparo constitucional será, como indica el vigente artículo 50.1.b):

“Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que 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”.

Una vez superado el trámite de admisión de la demanda, el resto del procedimiento se contrae, básicamente, a que, personados los interesados, incluido el Ministerio Fiscal, se les confiere traslado para que hagan alegaciones en un plazo común que no podrá exceder de veinte días. En fin, el artículo 52.3 LOTC fija en 10 días el plazo para que la Sala o Sección dicte la sentencia.

En la sustanciación de los recursos de amparo constitucional se atribuye al Tribunal Constitucional el poder de tutela cautelar, fundamentalmente, como señalan los artículos 56 y 57 LOTC, para suspender de oficio o a instancia de parte «cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad [...] siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés

¹⁸² Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2007).

constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona».

Y también el artículo 58 LOTC regula los efectos indemnizatorios de las suspensiones dictadas por el Tribunal Constitucional en amparo constitucional y cuya ejecución se confiere a los jueces ordinarios:

“1. Serán competentes para resolver sobre las peticiones de indemnización de los daños causados como consecuencia de la concesión o denegación de la suspensión los Jueces o Tribunales, a cuya disposición se pondrán las fianzas constituidas.

2. Las peticiones de indemnización, que se sustanciarán por el trámite de los incidentes, deberán presentarse dentro del plazo de un año a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional”.

En determinados supuestos puede deducirse de la resolución de un recurso de amparo la inconstitucionalidad de una ley, por lo que el artículo 55.2 LOTC prevé el autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad:

“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”.

A la sencillez del procedimiento se añade su celeridad al fijarse en la Ley unos plazos razonablemente breves para interponer el recurso de amparo constitucional de treinta días desde la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial -tratándose de actos parlamentarios se amplía a tres meses-; de no más de 20 días para formular alegaciones y de 10 días para dictar sentencias.

Sin embargo, el incumplimiento de tales normas procedimentales resultó especialmente preocupante de tal modo que antes de la reforma los recursos de amparo se resolvían en un plazo medio de unos cuatro años. En 2018 el plazo medio ha mejorado considerablemente hasta el punto de ser de unos dos años por término medio. Ahora bien, como ha explicado Tenorio Sánchez, uno de los efectos más significativo de la reforma de 2007 ha sido la decepción de los justiciables¹⁸³.

6.2.3 El contenido y los efectos de la sentencia dictada en amparo por el Tribunal Constitucional

El alcance de las decisiones del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo queda bien delimitado en su Ley Orgánica (LOTC).

Así, por ejemplo, al referirse a la demanda de amparo el artículo 41.3 LOTC dispone: «En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso».

De manera complementaria también los efectos de las sentencias dictadas en amparo por el Tribunal Constitucional están bien determinados en la LOTC con el fin de no confundir su actuación con la de los tribunales ordinarios.

A tal efecto, se establece un principio visible en el artículo 53 LOTC conforme al cual «La Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: a) Otorgamiento de amparo. b) Denegación de amparo».

Y también en el artículo 54 LOTC no deja lugar a dudas del alcance limitado respecto de la revisión de las decisiones de los tribunales

183 Pedro J. Tenorio Sánchez, "¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?", *UNED. Revista de Derecho Político* nº 101, Madrid, enero-abril 2018, p. 708.

ordinarios al disponer: «Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales».

En fin, el artículo 55.1 LOTC dispone el contenido de las sentencias con las que se decide un recurso de amparo en estos términos:

“La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

Sobre el modo de llevar a cabo el enjuiciamiento resulta de interés el proceso lógico seguido especialmente cuando se trata de recursos de amparo ‘mixtos’, es decir, aquellos que impugnan tanto la resolución judicial previa como el acto administrativo. En estos supuestos, tal como ha señalado Requejo Pagés, el Tribunal Constitucional ha adoptado dos enfoques diferentes antes y después de mediados de los años 90: en las primeras sentencias el Tribunal analizaba primero las lesiones de derechos imputable a la actuación administrativa y sólo subsidiariamente examinaba las denuncias relativas a la decisión judicial en virtud del artículo 24 de la Constitución (SSTC 207/19990 y 219/1991); sin embargo, a partir de 1996 la técnica utilizada consistiría en examinar las

lesiones imputadas a la actuación judicial y en caso de estimar el amparo retrotraería las actuaciones para que el juez dictase sentencia (STC 97/1996, 69/1998, etc.)¹⁸⁴.

No obstante, esta regla no se ha mantenido constante sino que su aplicación parece que se hace depender del supuesto concreto y es posible que en la misma influya decisivamente la escandalosa demora en la adopción de la resolución judicial que resultaría ampliada por un examen incompleto para remitir la resolución al juez ordinario. Así, por ejemplo, en la sentencia n° 159/2003, de 15 de septiembre, se explica el orden lógico del enjuiciamiento:

“Con carácter previo a su examen resulta pertinente señalar, en primer término, que la demanda de amparo tiene carácter mixto en la medida en que junto a las vulneraciones de derechos fundamentales atribuidas a las resoluciones administrativas (art. 43 LOTC) se imputa una vulneración autónoma a la resolución judicial dictada por el Tribunal Supremo (art. 44 LOTC), por lo que, como hemos hecho en otras ocasiones (por todas SSTC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4; 26/2002, de 11 de febrero, FJ 3), nuestro enjuiciamiento se iniciará con el examen de las lesiones aducidas frente a las resoluciones administrativas, una vez delimitado el objeto de la demanda de amparo”¹⁸⁵.

En cambio, en la sentencia n° 91/2004, de 19 de mayo, el Tribunal Constitucional recuerda: «En consideración al carácter mixto de este proceso de amparo, y atendiendo asimismo a las peticiones que contiene el suplico de la demanda, un «orden lógico de examen de las infracciones sometidas a nuestro conocimiento» (SSTC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 2 y 9/2003, de 20 de enero, FJ 2) conduce, en este caso, al

184 Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, 2ª edición, Madrid, 2000, p. 131.

185 TC (Sala 1ª), sentencia n° 159/2003, de 15 de septiembre (ponente: Casas Baamonde, FJ 2).

examen prioritario de las alegadas vulneraciones de las garantías procesales del art. 24.2 CE durante la tramitación del expediente sancionador por parte de la Administración (art. 43 LOTC)»¹⁸⁶.

En la sentencia n° 98/2006, de 27 de marzo, el Tribunal Constitucional explica así los pasos 'lógicos' que seguirá en el enjuiciamiento: «El carácter mixto del recurso de amparo que nos ocupa (art. 43.1 LOTC) exige afrontar primeramente las quejas que se vierten frente a la resolución administrativa, pues la eventual estimación de la demanda de amparo por tales vulneraciones excluiría, por innecesario, cualquier pronunciamiento sobre las vulneraciones de derechos fundamentales que el demandante entiende ocasionadas por las resoluciones judiciales dictadas en el proceso de impugnación de la resolución administrativa»¹⁸⁷.

En fin, la sentencia n° 3/2018, de 22 de enero, el Tribunal Constitucional adopta el mismo enfoque y utiliza la siguiente argumentación:

el orden para su enjuiciamiento será el establecido por doctrina reiterada de este Tribunal para los recursos de amparo mixtos, lo que "...determina que analicemos en primer término las eventuales vulneraciones que serían imputables a la actuación administrativa para efectuar con posterioridad, en su caso, el enjuiciamiento de las lesiones constitucionales imputadas a la resolución judicial' (STC 195/2005, de 18 de julio, FJ 2)" (STC 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 2); puesto que, de estimarse la lesión deducida ex artículo 43 LOTC, "haría innecesario el examen de la queja encauzada por la vía del artículo 44 LOTC (por todas, SSTC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3; 113/2008, de 29 de septiembre, FJ 2; 31/2014,

186 TC (Sala 2ª), sentencia n° 91/2004, de 19 de mayo (ponente: Vives Antón, FJ 2).

187 TC (Sala 2ª), sentencia n° 98/2006, de 27 de marzo (ponente: Jiménez Sánchez, FJ 2); y también en la TC (Sala 2ª), sentencia n° 210/2005, de 18 de julio (ponente: Jiménez Sánchez, FJ 2).

de 24 de febrero, FJ 2, y 199/2014, de 15 de diciembre, FJ 2)” (STC 117/2016, de 20 de junio, FJ 3)¹⁸⁸.

En suma y a pesar de la clara delimitación del contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional, este ha hecho uso de numerosas modalidades de sentencias estimatorias que, como han estudiado Marc Carrillo y Luis Javier Mieres, incluyen los fallos meramente declarativos, los pronunciamientos anulatorios o la retroacción de las actuaciones, pero también la decisión definitiva de la controversia e incluso el reconocimiento de una indemnización¹⁸⁹.

6.3 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el recurso de amparo: balance de casi 40 años de jurisprudencia en garantía de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional ha cumplido la misión encomendada de crear una cultura de la garantía de los derechos fundamentales y ha desarrollado una jurisprudencia que resulta en estos momentos imprescindible en el ordenamiento español¹⁹⁰. No obstante, también el Tribunal Constitucional y en especial en los últimos

188 TC (Sala 2ª), sentencia nº 3/2018, de 22 de enero, ponente: Enríquez Sancho, FJ 3.

189 Marc Carrillo y Luis Javier Mieres Mieres, “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2004)”, en Carles Viver Pi-Sunyer (coord.), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 447-516.

190 Como señalaba la presidenta del Tribunal Constitucional en la *Memoria 2005 del Tribunal Constitucional*, Madrid, marzo de 2006, <http://www.tribunalconstitucional.es/MEMORIAS.htm> : «Desde su primera Sentencia en 1981 hasta el 31 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional ha dictado 5.603 Sentencias y 13.679 Autos (en torno a 70.000 son las providencias de inadmisión dictadas a partir de la reforma de 1988), lo que supone un acervo jurisprudencial de incomparable valor. Pero repárese en que de los 423 recursos registrados en 1981 se ha llegado a 7951 en 2004 y a 9708 en 2005; y muy especialmente en el incremento sobresaliente de asuntos ingresados a lo largo de 2005 (un 22 por 100 con respecto a 2004), bordeándose la frontera de los 10.000 asuntos, de los cuales –este dato es igualmente relevante– 9476 corresponden a recursos de amparo (un 97,61 por 100 del total). En enero de 2006, el número de asuntos de amparo ingresados había crecido un 30 por 100 respecto del mismo mes de 2005, tendencia alarmante e imparable (con un resultado acumulativo ya de 500 recursos de amparo más que el año a 20 de febrero último), registrándose en un solo día –el pasado día 13 de febrero– 100 recursos de amparo».

años ha dado muestras de una cierta burocratización caracterizada por la escasa imaginación para salirse del marco trazado por las formaciones iniciales del Tribunal Constitucional. En este sentido, se ha producido un cierto anquilosamiento en la interpretación y en el desarrollo de determinados derechos fundamentales, en contraste con los demás tribunales españoles, especialmente el Tribunal Supremo, pero también respecto de otros Tribunales que tienen reconocida jurisdicción en España como es el supuesto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si nos atenemos a la estadística podemos comprobar que los recursos de amparo constitucional giran, sobre todo, en torno al artículo 24 y al artículo 14; y, en mucha menor medida, en relación con los demás derechos fundamentales susceptibles de amparo.

En efecto, tal como ha comprobado Martínez Sospedra, con datos correspondientes a los años 1999 a 2002 que pueden extrapolarse para todo el período de funcionamiento del Tribunal Constitucional, alrededor del 66% de los recursos de amparo invocan el artículo 24 de la Constitución; mientras que el artículo 14 se invoca en un 18% de los supuestos y a los demás derechos fundamentales se refiere menos del 16% de todos los recursos de amparo constitucional¹⁹¹.

191 Manuel Martínez Sospedra, "Camino del colapso. Notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional y su reforma", *ob. cit.*, p. 86.

Derechos fundamentales invocados en los recursos de amparo en España en 2017

Derecho fundamental invocado	Total	Porcentaje de invocación
Igualdad (art. 14 CE)	795	12,65
Tutela judicial (art. 24 CE)	4.689	74,59
Otros derechos y libertades:	1.679	26,71
- Vida e integridad (art. 15 CE)	160	2,55
- Libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE)	24	0,38
- Libertad y seguridad (art. 17 CE)	364	5,79
- Honor, intimidad e imagen (art. 18 CE)	246	3,91
- Libertad de residencia y circulación (art. 19 CE)	33	0,52
- Libertades de expresión (art. 20 CE)	56	0,89
- Reunión (art. 21 CE)	8	0,13
- Asociación (art. 22 CE)	7	0,11
- Participación en los asuntos públicos (art. 23 CE)	118	1,88
- Legalidad penal (art. 25 CE)	594	9,45
- Educación (art. 27 CE)	12	0,19
- Petición (art. 29 CE)	20	0,32
- Libertad de sindicación y huelga (art. 28 CE)	37	0,59
- Objeción de conciencia (art. 30.2 CE)	-	-

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*, Madrid.

Con el fin de calibrar, siquiera aproximadamente, el alcance de la jurisprudencia constitucional elaborada como consecuencia de los recursos de amparo exponemos algunos elementos fundamentales relativos a estos tres grupos de derechos relativos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a los demás derechos susceptibles de amparo constitucional.

6.3.1 La tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española y sus consecuencias

El artículo 24 de la Constitución es sin duda el eje alrededor del que gira el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en la medida en que, como hemos visto y a continuación

examinaremos, se trata de un recurso formulado generalmente contra una decisión judicial previa, incluso en aquellos supuestos en que lo realmente atacado sea, por ejemplo, una actuación de la Administración o incluso relaciones entre los particulares.

Ahora bien, el carácter polifacético del artículo 24 de la Constitución se demuestra en la división que a efectos meramente estadísticos y expositivos ha hecho en sus *Memorias* el propio Tribunal Constitucional integrando en este artículo 24 de la Constitución los siguientes derechos fundamentales: el artículo 24.1 consagra el 'derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión', mientras que en el artículo 24.2 de la Constitución se incluirían los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia letrada, a ser informado de la acusación, a un proceso público, sin dilaciones indebidas, con todas las garantías, a la prueba pertinente para la defensa, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y a la presunción de inocencia; asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estos derechos consagrados por el artículo 24.2 se aplican, *mutatis mutandis*, a los procedimientos administrativos sancionadores.

Sobre este particular conviene tener en cuenta la distinta perspectiva que, como ha puesto de manifiesto Rodríguez de Santiago, supone el derecho de tutela judicial efectiva como 'norma de conducta' para jueces y como 'norma de control' para el Tribunal Constitucional, hasta el punto de descubrir una obviedad, que como es habitual en estos casos, tiene una gran trascendencia práctica: «el derecho a la tutela judicial efectiva es para los órganos judiciales algo distinto a lo que es para el Tribunal Constitucional. El art. 24.1 CE es para los órganos judiciales una 'norma de conducta o actuación', para el Tribunal Constitucional es una 'norma de control'. La norma de conducta contiene criterios mucho más exigentes que los que caben en la menor densidad de la norma de control»¹⁹².

192 José María Rodríguez de Santiago, "El artículo 24.1 CE como 'norma de conducta' para jueces y tribunales y 'norma de control' para el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 74, mayo-agosto de 2005, pp. 261-278.

Y el ejemplo que propone es que el control en amparo del Tribunal Constitucional en virtud del artículo 24.1 de la Constitución y respecto de las decisiones de inadmisión de recursos por el Tribunal Supremo se limita a los supuestos de 'arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente'; en cambio, también sostiene Rodríguez de Santiago que la aplicación del mismo artículo 24.1 de la Constitución al control del acceso a la jurisdicción supone un solapamiento entre la norma de conducta de los tribunales ordinarios y la norma de control del Tribunal Constitucional de manera que es inevitable que el Tribunal Constitucional se convierta en intérprete de la legalidad reguladora de los presupuestos procesales y de los requisitos de acceso a la jurisdicción (legitimación, postulación, plazos, subsanación de defectos, etc.)¹⁹³.

El caso es que la avalancha de recursos de amparo constitucional fundados en el artículo 24 ha justificado, como también propone Rodríguez de Santiago, un giro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que formula del modo siguiente:

"ha llegado el momento de que la protección a través del amparo en el que se invoque el art. 24 CE pierda su carácter subjetivo (el restablecimiento de la situación jurídica de un recurrente) y empiece a tener, tan sólo, un carácter objetivo (establecimiento de doctrina constitucional sobre cuestiones relevantes no resueltas), lo que significa que el Tribunal ha de contar con el margen de discrecionalidad necesario para pronunciarse sobre la admisibilidad de esta clase de recursos de amparo sólo atendiendo al interés objetivo (en el sentido indicado) de la cuestión planteada"¹⁹⁴.

193 *Ibidem*, p. 270.

194 *Ibidem*, p. 274.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, sin duda inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo, ha desarrollado una jurisprudencia extraordinariamente rica en la aplicación del artículo 24.2, extendiendo, *mutatis mutandis*, a la misma actuación de las Administraciones públicas en los procedimientos sancionadores los derechos reconocidos.

De hecho, en las estadísticas elaboradas por el propio Tribunal Constitucional se desglosa el alcance de los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución y el origen de las decisiones judiciales impugnadas en el amparo constitucional.

Recursos de amparo en España: frecuencia de la invocación de los derechos fundamentales del art. 24 CE en 2017

Derechos invocados	Procedencia jurisdiccional						Total
	Civil	Penal	Penitenciario	Social	Contencioso -administrativo	Militar	
ART. 24.1							
Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión	953	2.148	56	443	1.027	17	4.644
ART. 24.2							
Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley	10	74	1	34	12	1	132
Derecho a la defensa y a la asistencia letrada	47	146	1	49	55	-	298
Derecho a ser informado de la acusación	-	28	-	-	7	2	37
Derecho a un proceso público	6	12	-	2	4	-	24
Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	9	47	1	5	11	1	74
Derecho a un proceso con todas las garantías	144	498	1	50	89	4	786
Derecho a la prueba pertinente para la defensa	50	149	-	13	44	4	260
Derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable	-	17	-	-	1	-	18
Derecho a la presunción de inocencia	13	916	6	5	48	5	993
TOTAL	1.232	4.035	66	601	1.298	34	7.266

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*, Madrid.

Como ejemplo de la jurisprudencia desarrollada en virtud del artículo 24.1 de la Constitución reproducimos el razonamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia nº 73/2006, de 13 de marzo, donde ampara a los recurrentes frente a una interpretación judicial rigurosa de las condiciones de legitimación en la vía judicial ordinaria. La jurisprudencia constitucional que sirve de argumentación al Tribunal Constitucional se expresa así:

“Así pues, el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales constitucionalizado en el art. 24.1 CE es el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3), con respecto al cual el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada. Esta consideración general se concreta en los siguientes extremos:

- a) Como regla general, la interpretación de las normas procesales y, más en concreto, el control de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales que condicionan la válida constitución del proceso son operaciones jurídicas que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo su realización a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, de manera privativa, les confiere el art. 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria la interpretación, selección y aplicación de las normas a cada supuesto litigioso concreto.
- b) Esta regla tiene como excepción “aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa

se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican” (STC 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2). En estos casos, se producirá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que justificará la intervención del Tribunal Constitucional, puesto que, aunque no es misión de este Tribunal interpretar las normas procesales, sí lo es determinar si la ofrecida por los órganos jurisdiccionales se ajusta a la Constitución.

- c) la plena operatividad del principio *pro actione* en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción no supone que los órganos judiciales deban necesariamente optar por la interpretación de las normas procesales más favorable a la admisión de los recursos de entre todas las posibles¹⁹⁵.

Por lo que se refiere a los múltiples derechos contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución basta con referirse al derecho a no sufrir indefensión y, en particular, respecto de la práctica de las pruebas en los procesos ante los jueces ordinarios. A estos efectos, en la sentencia n° 75/2006, de 13 de marzo, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado y con carácter previo explica el alcance de su jurisprudencia sobre el derecho a la defensa sin que se produzca indefensión:

“Es nuestra doctrina que corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. En tal sentido, este Tribunal Constitucional sólo es competente para controlar estas decisiones judiciales cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final, sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o irrazonable. Además, para que se produzca

195 TC (Sala 2ª), sentencia n° 73/2006, de 13 de marzo (ponente: Pérez Vera FJ 3).

una violación de este derecho, este Tribunal ha venido exigiendo que concurren dos circunstancias:

- a) Que la denegación e inejecución sean imputables al órgano judicial.
- b) Que la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa, habiendo justificado el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 218/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3). En este caso, el órgano judicial ha motivado suficientemente la causa de la denegación de las pruebas solicitadas al poner de relieve la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico 1 de su Sentencia, que dichas pruebas no eran necesarias para formar la convicción del Juzgador, pudiendo tener, por el contrario, un mero efecto dilatador, y existiendo ya en el procedimiento una abundante prueba documental y testifical, sin que el recurrente hubiera, además, recusado en tiempo y forma la pericial ya realizada por el Auditor Jurado de Cuentas. En todo caso, el recurrente se ha limitado en su demanda a señalar que era necesaria más prueba documental "para analizar las supuestas anomalías expresadas en los escritos de acusación", la nueva pericial "para aclarar las cuestiones económicas y contables debatidas", así como, simplemente, la declaración de cierto número de testigos, además de los que ya se le habían admitido, sin concretar debidamente su objeto ni la supuesta utilidad que pretendía obtener con estas pruebas, no habiendo cumplido por ello con la carga que le correspondía de acreditar de qué forma hubiera cambiado potencialmente el fallo con la práctica de dichos medios de prueba"¹⁹⁶.

El enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales y la difícil delimitación en la teoría y, sobre todo, en la

196 TC (Sala 1ª), sentencia nº 75/2006, de 13 de marzo (ponente: Aragón Reyes, FJ 4).

práctica de lo que son cuestiones de mera legalidad y cuestiones estrictamente constitucionales, han conducido en muchas ocasiones a enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹⁹⁷.

6.3.2 La igualdad sin que se produzca discriminación del artículo 14 de la Constitución española

El Tribunal Constitucional ha establecido diferencias y matizaciones a la hora de aplicar el derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y al mismo tiempo ha desarrollado una jurisprudencia que, salvo en algunos supuestos bien contados, ha sido recibida muy satisfactoriamente en la sociedad española por sus extraordinarios efectos y por su alcance social¹⁹⁸.

Como ilustración del alcance del derecho a la igualdad sin que se produzca discriminación y en un recurso de amparo constitucional, resulta suficientemente preclara la sentencia nº 41/2006, de 13 de febrero. En este supuesto, el Tribunal Constitucional concede el amparo a un trabajador que había sido discriminado por su empresa en atención a su homosexualidad. En su razonamiento, el Tribunal Constitucional explica:

“Nuestro enjuiciamiento debe centrarse en determinar si el actor ha sido objeto de una conducta empresarial

197 Véase un examen más minucioso en el estudio coordinado por Carles Viver Pi-Sunyer, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006 pp. 20-254.

198 Probablemente la más discutible sentencia que en materia de igualdad haya pronunciado el Tribunal Constitucional sea la nº 126/1997, de 3 de julio (Pleno, ponente: González Campos; formularon dos votos particulares disidentes tres magistrados: Viver Pi-Sunyer, Vives Antón y Cruz Villalón) en virtud de la cual desestima una cuestión de inconstitucionalidad y considera que la aplicación del Derecho histórico que establece la regla de preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones ‘*mortis causa*’ de títulos nobiliarios no es contraria al art. 14 de la Constitución. En cambio, esta cuestión ya había sido resuelta satisfactoriamente desde la sentencia de 20 de junio de 1987 por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en una jurisprudencia más acorde con los tiempos actuales.

contraria al derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE. Entre tantas otras, la STC 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero de 2002, FJ 4, sienta nuestra doctrina sobre el principio de no discriminación:

«La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997,

de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11)».

En relación con lo anterior, es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE. En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas

en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, ó 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; ó 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria).

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, dictado en la Comunicación núm. 488/1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, dictado en la Comunicación núm. 941/2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Finalmente, es imprescindible la cita del art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Pueden mencionarse

entre otras, por aludir a esa previsión o a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación. En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el art. 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 de la propia Constitución. Bajo esas circunstancias, extendiendo

a estos terrenos la doctrina constitucional sentada en relación con otros motivos de discriminación -distintos en su causa pero coincidentes en la protección constitucional que precisan-, concluiremos que en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales *ad nutum*. Y es que la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual sea su orientación sexual”¹⁹⁹.

Este pasaje de la sentencia nº 41/2006, de 13 de febrero, constituye una magnífica simbiosis del Derecho constitucional español con el Derecho internacional y el Derecho europeo en materia de discriminación que, a continuación, permite al Tribunal Constitucional amparar al trabajador despedido por una compañía aérea apuntando todos los indicios que la causa del despido fue su homosexualidad.

6.3.3 *Los otros derechos fundamentales amparados*

Resulta imposible dar siquiera una visión panorámica de lo que ha sido la interpretación por el Tribunal Constitucional español de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. Sin embargo, puede considerarse que la interpretación constitucional ha transformado el Derecho público y, en gran medida, el Derecho privado español.

De hecho, puede considerarse que no hay rama o sector del ordenamiento jurídico español que no se haya visto profundamente modificada por la aplicación de la Constitución y, en particular, por la interpretación de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, la violación de los derechos fundamentales tiene una trascendencia extraordinaria en el Derecho administrativo al constituir un motivo de nulidad radical de toda actuación

¹⁹⁹ TC (Sala 1ª), sentencia nº 41/2006, de 13 de febrero (ponente: Pérez Vera, FJ 3).

administrativa. En la Ley de procedimiento administrativo se establece, por un lado, que «los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; y, por otro, que también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior²⁰⁰.

Del mismo modo, en el Derecho penal, la garantía de los derechos fundamentales constituye la clave del *ius puniendi* y, por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución española informa todo el proceso penal así como, *mutatis mutandis*, el procedimiento administrativo sancionador que en España tiene un alcance extraordinario²⁰¹.

Y, desde luego, los derechos fundamentales clásicos de libertad, tal como se consagran en el artículo 17 de la Constitución, resultan esenciales en el ámbito penal²⁰². A tal efecto, el Tribunal Constitucional ha distinguido los derechos que derivan de esta disposición, en particular el procedimiento de *habeas corpus*, del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución; y, así, en la sentencia nº 93/2006, de 27 de marzo, el Tribunal Constitucional concede el amparo constitucional frente a un auto de denegación del *hábeas corpus* en relación con un detenido por supuesto delito de agresión sexual y precisa:

“En este sentido es necesario recordar, cómo ante una situación igual ya se declaró en la STC 122/2004, de 12

200 Artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

201 El artículo 25.1 de la Constitución española dispone: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

202 La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento *Hábeas Corpus*, cumple el mandato del artículo 17.4 de la Constitución española y establece un procedimiento judicial ágil, sencillo y carente de formalismos, general de manera que afecte a cualquier autoridad, y universal o aplicable a todo tipo de detenciones, mediante el que se puede obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente.

de julio (FJ 2), en que se citaba la anterior STC 94/2003, de 19 de mayo, que, aun cuando este Tribunal ha señalado en alguna ocasión que el art. 17.4 CE no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes y que, por tanto, la corrección de la resolución judicial en esta materia debía ser analizada conforme a dicho canon, sin embargo, más recientemente, ha reiterado que, en supuestos como el presente, la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego ese derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino propiamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el art. 17.4 CE, forma parte de la propia garantía. Conclusión que, por otra parte, este Tribunal ya había mantenido, al afirmar que la invocación de la lesión de la tutela judicial efectiva en el marco de la resolución de un procedimiento de *habeas corpus* resulta redundante con la del art. 17, apartados 1 y 4 CE, pues aquélla supondría el incumplimiento por el órgano judicial de lo previsto en el art. 17.4 CE y, por tanto, la lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE²⁰³.

De este modo y como señala reiteradamente el Tribunal Constitucional el *habeas corpus* constituye «una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las

203 TC (Sala 1ª), sentencia nº 93/2006, de 27 de marzo (ponente: García-Calvo y Montiel, FJ 2).

situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente»²⁰⁴.

El ámbito jurisdiccional penal resulta especialmente abonado para la invocación de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. A tal efecto, basto recordar la jurisprudencia que el Tribunal Supremo español ha establecido en relación con la invalidez de las pruebas obtenidas vulnerando los derechos fundamentales. En este sentido es significativa la sentencia n° 1451/2003, de 26 de noviembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español conforme a la cual:

“Procede, en consecuencia, analizar los efectos de esta vulneración sobre la prueba de cargo practicada.

Dispone el art. 11.1° de la L.O.P.J. que: «En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Como ha señalado esta Sala en las sentencias de 17 de febrero de 1999, núm. 290/1999, y 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras, la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, en el ámbito específico del proceso penal, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal, lo que se ha denominado en el derecho anglosajón “deterrence effect”.

204 TC (Sala 1ª), sentencia n° 46/2006, de 13 de febrero (ponente: Aragón Reyes, FJ 2); en el mismo sentido que, por ejemplo, la sentencia n° 303/2005, de 24 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, relativa a la inadmisión a trámite de un procedimiento de *hábeas corpus* dado que ya se había pronunciado un Juez con carácter previo sobre el internamiento de una extranjera que había llegado a España en patera (ponente: Delgado Barrio, FJ 2).

La prohibición abarca la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental y también aquellas otras que, habiéndose obtenido legalmente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan "indirectamente" de dicha vulneración.

La justificación de este denominado "efecto dominó" (SSTS de 15 de diciembre de 1994, 19 de junio de 1999, núm. 457/1999, 31 de enero de 2000, núm. 65/2000, 29 de diciembre de 2000, núm. 1850/2000, 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia de este "efecto dominó", ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (STS 6 de octubre de 1999, núm. 1380/1999).

Como ya han señalado, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 448/97 de 4 de marzo, núm. 472/97, de 14 de abril, núm. 974/1997, de 4 de julio, núm. 290/1999, de 17 de febrero, núm. 369/1999 de 13 de marzo y núm. 1203/2002, de 18 de julio, prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso"²⁰⁵.

205 TS (Sala 2ª), sentencia nº 1451/2003, de 26 de noviembre (recurso nº 733/2002, ponente: Conde-Pumpido Tourón, FJ 10).

En el ámbito de la jurisdicción laboral los derechos fundamentales como el derecho a la sindicación y a la huelga y su interpretación por el Tribunal Constitucional en vía de amparo han tenido unos efectos extraordinarios. Pero también se aprecia el desarrollo de una jurisprudencia social protectora del trabajador frente a las conculcaciones de los derechos fundamentales por el empleador en esferas como el derecho a la libertad de expresión, a la intimidad personal, etc. El Tribunal Supremo ha reconocido, inspirándose en la jurisprudencia constitucional, que «el complejo de derechos y obligaciones que genera el contrato de trabajo modula el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que la buena fe en esta relación contractual comporta un 'límite adicional al ejercicio de la libertad de expresión' (STC 241/1999), de donde se desprende que manifestaciones que incluso en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación (STC 120/1983 y 4/1996, entre otras muchas)»²⁰⁶.

En fin, en el Derecho privado, que parecería bien alejado de la protección tradicional de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos, el Tribunal Constitucional y ahora los jueces españoles aplican con celo derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional.

206 TS (Sala 4ª), sentencia de 20 de abril de 2005 (recurso nº 6701/2003, ponente: Martín Valverde, FJ 11); véase, no obstante, en esta misma sentencia el voto particular discrepante de cuatro magistrados de la Sala social donde puntualizan: « Nuestra doctrina hasta ahora ha sido, sin excepción, la de exigir, también cuando estaba en juego un derecho fundamental, la presencia de hechos similares ponderando las circunstancias y condicionantes en los que estos se había producido, y así puede apreciarse en múltiples resoluciones de inadmisión por falta de contradicción en supuestos en los que se discutía la nulidad de un despido por haberse infringido algún derecho fundamental; entre otras pueden citarse las siguientes sentencias y autos: SSTS 23-6-1992 (Rec.- 1915/91) - libertad de expresión -, 27-10-2003 (Rec.- 784/02) - derecho de indemnidad - 17-9-2004 (Rec.- 5144/03) - derecho a la no discriminación por razón de sexo -, y Autos de inadmisión de 6-2-1997 (Rec.- 2359/96), 9-9-99 (Rec.- 4488/98), 21-2-2002 (Rec.- 2691/01), 21-3-2002 (Rec.- 2866/01), 15-1-2003 (Rec.- 3577/01), 11-3-2004 (Rec.- 4120/03), todos ellos contemplando situaciones de despido disciplinario en el que se discutía si se habían respetado o no los límites de la libertad de expresión».

En la jurisdicción civil se interpreta y aplica, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, generalmente en relación con otro derecho fundamental afectado como es el caso habitual de la libertad de expresión. De este modo, a juicio del Tribunal Supremo, «la libertad de expresión dispone de un campo de acción delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, que resulten innecesarias para la exposición de las mismas y que no contravenzan otros valores constitucionales o derechos fundamentales»²⁰⁷. También se ha elaborado una jurisprudencia de gran interés en la jurisdicción civil y que está inspirada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto se refiere al derecho de asociación referido fundamentalmente a los límites a la expulsión de los socios dado que, como explica el Tribunal Supremo, «el derecho de asociación (Artículo 22 de la Constitución), lleva inherente el derecho a no ser expulsado arbitrariamente del grupo asociativo en que se halle integrado el excluido»²⁰⁸.

6.4 El riesgo de colapso del Tribunal Constitucional y su estabilización: el filtro de la admisibilidad en el recurso de amparo

El recurso de amparo constitucional estuvo a punto de morir de éxito en España. A principios del siglo XXI se puso de manifiesto que, a pesar de la configuración en la Constitución española de 1978 de un Tribunal competente en materia de control de constitucionalidad de las leyes a través de los recursos y de las cuestiones de inconstitucionalidad, la tarea fundamental del Tribunal Constitucional quedaba reducida en la práctica a resolver los recursos de amparo, hasta el extremo de que este recurso de

207 TS (Sala 1ª), sentencia nº 196/2006, de 7 de marzo (recurso nº 3231/2000, ponente: Ferrándiz Gabriel, FJ 2).

208 TS (Sala 1ª), sentencia nº 442/1998, de 12 de mayo (recurso nº 623/1994, ponente: Villagómez Rodil, FJ 1).

amparo constitucional estuvo a punto de provocar el colapso en el funcionamiento del tribunal.

Precisamente en la *Memoria* del Tribunal Constitucional relativa a 2005 se hacía un retrato muy aproximado de lo que significaba en España el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional comparándolo con las demás misiones de la jurisdicción constitucional.

Asuntos ingresados	2001	2002	2003	2004	2005
Recursos de inconstitucionalidad	26	61	36	45	16
Cuestiones de inconstitucionalidad	105	99	96	70	206
Recursos de amparo	6786	7285	7721	7814	9476
Conflictos positivos de competencia	13	10	22	17	8
Conflictos negativos de competencia	2	-	-	-	-
Conflictos entre órganos constitucionales	-	-	-	-	-
Conflictos en defensa de la autonomía local	2	1	2	4	2
Impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas	-	-	1	-	-
Requerimientos sobre tratados internacionales	-	-	-	1	-
TOTAL	6934	7456	7878	7951	9708

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2005*, Madrid.

Puede comprenderse, por tanto y a la vista de las anteriores estadísticas, que el 99% de los recursos ante el Tribunal Constitucional fuesen recursos de amparo. De hecho algunos llegaron a proponer la supresión de este recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sustituyéndolo por un recurso de amparo ante una Sala especial del Tribunal Supremo. En efecto, los críticos con el Tribunal Constitucional propusieron abiertamente la supresión del mismo recurso de amparo constitucional y su sustitución por un mecanismo estrictamente judicial ordinario. A tal efecto Garberí Llobregat apuntaba:

“Por todo ello cabría cuestionarse si no sería mejor que, entre las modificaciones de la Constitución que se preparan para el final de la presente legislatura, se añadiera una reforma adicional que suprimiese el apartado b) de su art. 161.1, y erradicara de una vez por todas esta competencia de tutela de los derechos fundamentales que tanto daño está haciendo al correcto desempeño por parte del TC de la función que primigeniamente le es propia (el control de constitucionalidad de las leyes), alineándose, así, con otros muchos Tribunales constitucionales europeos (el francés o el italiano sin ir más lejos) que igualmente carecen de esa atribución tuteladora de los derechos fundamentales.

Más aún cuando, a diferencia de lo que acontecía en el año 1978 por causas de todos conocidas, en el momento presente no cabe dudar que los tribunales ordinarios, con el Tribunal Supremo a la cabeza, están plenamente capacitados y en condiciones tan idóneas como las que disfruta el TC para ocuparse en exclusiva de la tutela de los derechos fundamentales”²⁰⁹.

En cambio, Martínez Sospedra consideraba que la supresión del amparo supondría un coste político tan elevado que la hacía políticamente inviable cuando, además, la corriente del Derecho comparado era la contraria: la introducción del amparo o de institutos funcionalmente equivalentes²¹⁰. Se trata, en efecto, de una solución menos expeditiva y más acorde con el propio espíritu constitucional y los extraordinarios éxitos cosechados hasta el momento; además, esta posición estaba en sintonía con la reforma legal que aprobó en 2007 y en virtud de la cual se endureció y, en definitiva, se dejó en manos del Tribunal Constitucional la máxima

209 José Garberí Llobregat, “Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo”, *ob. cit.*, p. 5.

210 Manuel Martínez Sospedra, “Camino del colapso. Notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional y su reforma”, *ob. cit.*, p.95.

discrecionalidad para admitir los recursos de amparo siempre y cuando tubieran relevancia constitucional²¹¹.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007 intentó legalizar la situación en la que el Tribunal Constitucional con una simple providencia seleccionaba aquellos recursos dignos de su enjuiciamiento²¹².

Como reconoce el preámbulo de la Ley de 2007: «se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado».

No obstante, los recursos que siguen entrando en el Tribunal Constitucional, como reflejan las estadísticas de 2017, siguen siendo muy similares. La clave será, por tanto, la selección, a través de un riguroso filtro de admisibilidad, que hará el Tribunal Constitucional español.

Asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional español durante 2017, clasificados según el tipo de proceso	
Recursos de inconstitucionalidad	47
Cuestiones de inconstitucionalidad	33
Recursos de amparo	6.286
Conflictos positivos de competencia	3
Conflictos negativos de competencia - Conflictos entre órganos constitucionales	2
Conflictos en defensa de la autonomía local - Impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas	4
Requerimiento sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales - Cuestiones prejudiciales sobre normas forales fiscales	6
Total	6.381

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*, Madrid.

211 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, Proyectos de Ley, Serie A, nº 60-1, 25 de noviembre de 2005.

212 Véase el completo estudio sobre las propuestas de reforma del recurso de amparo que fue elaborado por Anamari Garro Vargas, "El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 76, enero-abril (2006), pp. 95-142.

CAPÍTULO 7. El procedimiento de protección judicial de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios españoles

David Ordóñez Solís

En España el juez natural encargado de la protección de los derechos fundamentales es el juez ordinario. En este caso debe reiterarse que «en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el distinción entre cuestiones de *constitucionalidad* y de *mera legalidad* pierde todo su sentido»²¹³. Asimismo, debe recordarse que «salvo en el caso de amparo frente a decisiones parlamentarias, en cuyo caso el recurso es directo, cuando se imputa lesión de derecho fundamental a terceros o autoridades públicas es preceptivo recurrir a la jurisdicción ordinaria de modo previo, de tal modo que en el amparo constitucional sólo hay dos posibles destinatarios de la demanda: los órganos parlamentarios y los tribunales ordinarios»²¹⁴.

213 José María Rodríguez de Santiago, “El artículo 24.1 CE como ‘norma de conducta’ para jueces y tribunales y ‘norma de control’ para el Tribunal Constitucional”, *ob. cit.*, p. 268, citando a Javier Jiménez Campo.

214 Manuel Martínez Sospedra, “Camino del colapso. Notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional y su reforma”, *ob. cit.*, p. 85.

Por tanto, conviene profundizar en el alcance de la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, en los distintos procedimientos de protección judicial de los derechos fundamentales y en la valoración de la protección por los jueces españoles de los derechos fundamentales, incluidos también los que no son susceptibles de amparo constitucional.

7.1 La subsidiariedad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: intervención previa y reforzada de los jueces ordinarios en la protección de los derechos fundamentales

La característica fundamental del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es su intervención subsidiaria respecto de los tribunales ordinarios, de modo que el recurso de amparo opera por lo general después de una revisión jurisdiccional previa a la reclamación en amparo. Asimismo, la subsidiariedad exige, por una parte, que ante los tribunales ordinarios se haya invocado expresamente el derecho fundamental; y, por otra, que se hayan agotados los recursos judiciales ordinarios.

Aun cuando, tal como preveía la propia Constitución, se ha establecido, si bien imperfectamente, un procedimiento preferente y sumario previo al recurso de amparo la demanda de amparo constitucional puede dirigirse contra resoluciones judiciales que sean atacadas en vía jurisdiccional ordinaria. En uno y otro caso será preciso que, antes de acudir en amparo, el justiciable haya agotado todos los recursos judiciales establecidos bien en la vía especial bien en la vía ordinaria.

La interpretación del agotamiento de los recursos ha resultado especialmente problemática dado que el Tribunal Constitucional ha tratado de forzar al máximo este agotamiento exigiendo, por ejemplo, la interposición de todos los recursos judiciales disponibles lo que, en algunos supuestos, le ha permitido considerar que bien estos recursos no se han utilizado o se han seguido con otros

fines, por ejemplo dilatorios. A tal efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se resume, por ejemplo, en la sentencia n° 85/2006, de 27 de marzo, donde se explica:

“Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 43.2 en relación con el art. 44.1 a), ambos LOTC, por un lado, y éste último por otro, establecen, entre otras, la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria, requisito éste que, lejos de constituir una formalidad vacía, deriva de la necesidad de respetar la subsidiariedad del recurso de amparo, dado que, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.2 CE, la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Consecuencia de lo anterior es que, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal. Es preciso, por tanto, que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibles (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 103/2004, de 2 de junio, FJ 2; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 60/2005, de 14 de marzo, FJ 2; y 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

Entre los recursos ineludibles para cumplir el requisito previsto en los citados arts. 43.2 y 44.1 a) LOTC este Tribunal ha incluido el incidente de nulidad (por todas, SSTC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4; y 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 2), incidente que en el momento en que fue interpuesto por los recurrentes se regulaba en el art. 240.3 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo (en la actualidad, tras la modificación operada por

la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se recoge en el art. 241 LOPJ), y que constituye un remedio destinado a obtener la reparación de los defectos de forma que hubieran causado indefensión o de la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer Sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la Sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida.

En fin, en la misma línea de la doctrina expuesta, también hemos señalado en reiteradas ocasiones que, cuando, por su propia decisión el ciudadano ha intentado un remedio procesal o recurso contra una resolución judicial, el proceso constitucional no puede iniciarse hasta que la vía judicial, continuada a través de ese remedio o recurso, no se haya extinguido, dado que contradice el carácter subsidiario del recurso de amparo su coexistencia temporal con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria (entre muchas otras, SSTC 189/2002, de 14 de octubre, FJ 6 15/2003, de 28 de enero, FJ 3; 82/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 97/2004, de 24 de mayo, FJ 3; y 13/2005, de 31 de enero, FJ 3)²¹⁵.

Ahora bien, la estricta aplicación del principio de subsidiariedad y la necesidad de ‘apurar’ todos los recursos disponibles puede desembocar en la vulneración de la tutela judicial efectiva. Y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional que en su sentencia nº 313/2005, de 12 de diciembre, se ve obligado, por imperativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a puntualizar:

“Consiguientemente, estas normas han de ser cumplidas tanto por los demandantes de amparo como por este Tribunal, que está obligado a velar por su puntual

215 TC (Sala 1ª), sentencia nº 85/2006, de 27 de marzo (ponente: Delgado Barrio, FJ 2).

acatamiento al margen de la voluntad de las partes y tan pronto como constate su eventual vulneración, pudiendo incluso no otorgar el amparo mediante Sentencia debido, únicamente, a su inobservancia (STC 77/2005, de 4 de abril, FJ 2, por citar sólo una de las más recientes). En relación con el examinado presupuesto procesal, es cierto que este Tribunal, a la hora de su interpretación conforme con la jurisprudencia dictada por el TEDH en materia de derechos fundamentales -art. 10.2 CE-, ha flexibilizado la vigencia del principio de subsidiariedad, al considerarlo cumplido cuando, al margen del necesario ejercicio de la recusación por parte del recurrente en amparo, los órganos judiciales ya se han pronunciado sobre la lesión del derecho fundamental. Si la posible vulneración del derecho al juez imparcial ha sido objeto de enjuiciamiento, de oficio o a instancia de otras partes, existiendo, por tanto, un previo pronunciamiento judicial al respecto, este Tribunal ha estimado cumplido el principio de subsidiariedad (SSTC 39/2004, de 22 de mayo, FJ 2; 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 2; en ambas se cita el caso Castillo Algar c. España -§ 35 de la STEDH- y, en la segunda de ellas, además, los casos Van Oosterwijck c. Bélgica -Sentencia 6 de noviembre 1980, §34 y ss.-, Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH c. Países Bajos -Sentencia 23 de febrero de 1995, §§48 y 49 - y Botten c. Noruega -Sentencia 19 de febrero de 1996, §36-). Por el contrario, si el órgano judicial autor de la resolución impugnada, debido a la actitud pasiva o, en su caso, negligente de la parte afectada a la hora de invocar su derecho al juez imparcial, no se ha pronunciado al respecto, sin que tampoco le fuera exigible hacerlo de oficio al no existir causa legal de abstención, ha de entenderse incumplido, no sólo el presupuesto procesal consistente en el previo agotamiento de la vía judicial -art. 44.1.a) LOTC-, sino, también, el relativo a la invocación formal

del derecho fundamental en el proceso al haber tenido ocasión para ello -art. 44.1.c LOTC-²¹⁶.

Por esa razón, también el Tribunal Constitucional ha querido, al menos formalmente, dulcificar cualquier rigor en la inadmisión de recursos de amparo constitucional que, no obstante, son el sospechoso destino de un 95% de todas las demandas de amparo, inadmitidas por mera providencia. En este sentido se expresa la sentencia nº 160/2005, de 20 de junio, donde el Tribunal Constitucional aclara:

“También hemos declarado reiteradamente que la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conducen a una aplicación restrictiva del concepto de recurso manifiestamente improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad. Y por ello ha declarado este Tribunal que los recursos, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo de veinte días para recurrir en amparo cuando «de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso» (SSTC 201/1998, de 14 de octubre, FJ 3; 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 84/1999, de 10 de mayo FJ 2; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; y 159/2002, de 16 de septiembre, FJ 2, por todas)²¹⁷.

No obstante y como ha señalado Requejo Pagés, la interpretación que adopta el Tribunal Constitucional de la subsidiariedad del recurso de amparo y del agotamiento de todos los recursos

216 TC (Sala 2ª), sentencia nº 313/2005, de 12 de diciembre (ponente: Sala Sánchez, FJ 2).

217 TC (Sala 1ª), sentencia nº 160/2005, de 20 de junio (ponente: Aragón Reyes, FJ 3).

utilizables dentro de la vía judicial (artículo 44.1.a) LOTC) «constituye uno de los obstáculos en los que con mayor frecuencia tropiezan buena parte de los recursos de amparo» dado que «no siempre es fácil determinar si un procedimiento ya ha concluido o aún restan posibilidades de continuación» sin que, no obstante, los recursos judiciales no sean manifiestamente improcedentes²¹⁸.

El incidente de nulidad de actuaciones se ha constituido como un presupuesto previo para recurrir en amparo en la medida en que a través de este recurso extraordinario, a juicio del Tribunal Constitucional, se apurarían todas las vías judiciales previas. De hecho, en el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico». Con esta finalidad la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, da una nueva redacción al artículo 241.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ampliando las causas de incidente de nulidad de actuaciones aplicable por todos los jueces ordinarios, en estos términos:

“No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y

218 Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, 2ª edición, Madrid, 2000, pp. 132-133.

siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario²¹⁹.

Recursos de amparo interpuestos en 2017 según el órgano que dictó la última resolución

Tribunal Supremo	2.325
Otros órganos jurisdiccionales:	3.792
A) En casación o revisión (Tribunales Superiores de Justicia)	5
B) En segunda instancia o suplicación	2.335
C) En primera o única instancia	1.452
Órganos no jurisdiccionales	169
Total	6.286

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*.

La nueva reforma del recurso de amparo constitucional corrobora precisamente la subsidiariedad del procedimiento ante el Tribunal Constitucional para lo cual, por una parte, refuerza el incidente de nulidad de actuaciones ante los tribunales ordinarios que en los supuestos en que sus resoluciones no sean susceptibles de recurso alguno, excepto el de amparo, tienen una segunda oportunidad de atender la queja de la vulneración de los derechos susceptibles de amparo. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Garberí Llobregat, esta reforma tendrá escasa trascendencia en la medida en que el recurso de amparo «ha pasado a convertirse en una última vía de recurso que agotar por obligación prácticamente en todos los casos en los que el recurrente pueda permitirse económicamente, y ello con casi total independencia de cuál sea

219 Antes de la reforma de 2007 esta era el tenor del artículo 241.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

realmente la cuestión litigiosa, si constitucionalmente relevante o inmersa en exclusividad en el ámbito de la legalidad ordinaria»²²⁰.

En 2007 se llevó a cabo una de las reformas más importantes del Tribunal Constitucional español y afectó, precisamente y de manera directa, al recurso de amparo. En efecto, a través de la Ley Orgánica 6/2007 se modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los términos que reconoce su preámbulo:

La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional.

Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del

220 José Garberí Llobregat, "Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo", *ob. cit.*, p. 3. Este juicio se confirma precisamente con el dato estadístico antes apuntado de que en el primer semestre de 2006 el 36% de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional español fueron presentados por extranjeros con una intención, sin duda mayoritaria, de tener efectos dilatorios respecto de procedimientos administrativos sancionadores de expulsión.

recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

La Ley Orgánica de 2007 produce un cambio extraordinario en el procedimiento del recurso de amparo que justifica en estos términos:

El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las Secciones para su resolución y la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar

que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda ha agilizado el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso. En cuanto a la atribución de potestad resolutoria a las Secciones en relación con las demandas de amparo, incrementa sustancialmente la capacidad de trabajo del Tribunal.

El punto esencial de la reforma de 2007 radica en la nueva regulación del procedimiento de admisión a trámite del recurso de amparo que se erige en el obstáculo más difícil de superar.

A tal efecto, el nuevo artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone: «El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los arts. 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que 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».

El efecto del recurso de amparo es muy limitado porque, como señala el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su

función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales».

Así lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en su STC 155/2009, de 25 de junio, que se expresa en estos términos sobre la reforma de 2007: «La demanda ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Constituye el elemento más novedoso o la “caracterización más distintiva” (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional” que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De

esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC)» (FJ 2).

Ya continuación, el Tribunal Constitucional señala en esta sentencia 155/2009, de 25 de junio, cuáles van a ser sus criterios jurisprudencia: «Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos

de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

La anterior jurisprudencia es aplicada sistemáticamente por el Tribunal Constitucional español. Así, por ejemplo, en el auto 154/2010, de 15 de noviembre de 2010, el Tribunal Constitucional señala: «no cabe apreciar la eventualidad de una especial transcendencia constitucional del recurso fundamentada exclusivamente en la lesión subjetiva del derecho, toda vez que, como ya se ha señalado anteriormente, la especial transcendencia constitucional es algo diferente a la mera lesión subjetiva del derecho fundamental cuya vulneración se aduce en el amparo».

En este sentido, el Tribunal Constitucional advierte de que la importancia subjetiva que pueda tener el recurso de amparo resulta minimizada por la naturaleza cuasi-objetiva en que se ha convertido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por lo que en el mismo auto se argumenta: «las vulneraciones aducidas en este recurso de amparo, referidas a un error patente, incongruencia omisiva y a la eventual privación del derecho a recusar, no provienen de una disposición de carácter general, no trascienden al caso concreto, ni plantean cuestiones sobre la que no exista ya una amplia y nutrida doctrina del Tribunal Constitucional».

Esta regulación y esta jurisprudencia se están reflejando en las mismas admisiones que han disminuido y lo siguen haciendo en los últimos años. Así y a la vista de la evolución de 2005 a 2009, los recursos de amparo admitidos y pendientes de sentencia eran: 413 en 2005, 277 en 2006, 322 en 2007, 327 en 2008 y, ya notándose la reforma, 174 en 2009.

Por ejemplo, también en 2009 el Tribunal Constitucional había inadmitido a trámite por simple providencia 13.008 recursos de amparo; nótese que también en 2009 habían ingresado en el Tribunal Constitucional 10.792 recursos de amparo; obviamente, las diferencias de las cifras se deben al retraso considerable que incluso en la admisión a trámite llevan en el Tribunal Constitucional, arrastrando recursos de años anteriores.

De 2012 a 2017 los recursos presentados oscilan entre 6.000 y 7.000, por ejemplo en 2016 se presentaron 6.685 recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional; las inadmisiones por providencia anuales son la regla, de modo que en 2017 se inadmitieron 5,690 recursos y las admisiones ya no llegan a los 100 asuntos anuales, por ejemplo, se admitieron 71 recursos en 2017 y se resolvieron mediante sentencia una media de menos de cien al año, por ejemplo 53 en 2017.

Esta nueva regulación de 2007 sobre el recurso de amparo y la interpretación que le ha dado el propio Tribunal Constitucional ha supuesto una disminución considerable de los recursos de amparo admitidos y de las sentencias del Tribunal Constitucional. Pero también ha rebajado el nivel de garantías de los derechos fundamentales en España hasta el punto de que el amparo de los derechos fundamentales en España sigue en manos, fundamentalmente, de los tribunales ordinarios, actuando el Tribunal Constitucional como una institución de garantía de derechos fundamentales de carácter muy excepcional.

MOTIVOS DE ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO EN 2017

Motivos de admisión	Recursos	Porcentaje
Ausencia de doctrina constitucional	27	38,07
Aclaración o cambio de doctrina, consecuencia de un proceso de reflexión interna	17	23,94
Aclaración o cambio de doctrina, consecuencia de cambios normativos	4	5,63
Eventual origen normativo de la vulneración	4	6,63
Eventual vulneración por reiterada interpretación jurisprudencial de la ley	1	1,41
Incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional, resoluciones judiciales contradictorias	8	11,27
Eventual negativa al acatamiento de doctrina constitucional por resoluciones judiciales	4	5,63
Repercusión social o económica	-	-
Consecuencias políticas generales	2	2,82
Varios motivos	4	5,63
Sin indicación de motivos	-	-
Total	71	100

MOTIVOS DE INADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO EN 2017

Motivos de inadmisión	Recursos	Porcentaje
Falta de justificación de la especial trascendencia constitucional	823	13,56
Insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional	2,396	39,48
Falta de especial trascendencia constitucional	1.173	19,33
Inexistencia de vulneración del derecho fundamental invocado	105	1,73
Falta de denuncia de la vulneración del derecho fundamental	25	0,41
Falta de agotamiento de la vía judicial previa	576	9,49
Extemporaneidad del recurso	298	4,91
Falta de subsanación de defectos procesales	524	4,91
Varios motivos	149	8,63
Otros motivos	-	2,45
Total	6.069	100

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*.

A partir de 2015 y a raíz de la *sentencia Arribas Antón c. España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional es más explícito en explicar los motivos de no admisión²²¹.

En la *sentencia Arribas Antón c. España* el Tribunal Europeo señala: «el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo: en efecto, tal como menciona el Gobierno, este cambio persigue mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y esto para evitar

221 TEDH, sentencia de 20 de enero de 2015, *Arribas Antón c. España*, recurso n° 16563/11.

una saturación excesiva de la función del Tribunal Constitucional para asuntos de menor importancia. Aun así, la inadmisibilidad de un recurso de amparo no debe vulnerar la sustancia misma del derecho del demandante a un “tribunal”, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio» (apartado 49). Ahora bien, la inadmisibilidad del recurso de amparo no impide el enjuiciamiento por el Tribunal Europeo: «el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibile un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto» (apartado 51).

Esto supone que el Tribunal Constitucional reitera, desde su sentencia 9/2015, de 2 de febrero, esta doctrina: «aun cuando resulta patente que la especial trascendencia constitucional constituye un requisito de admisión de la demanda de amparo que es objeto de valoración en el trámite de admisión del recurso de conformidad con los criterios que al efecto establecimos en la STC 155/2009, de 25 de junio, constituye una exigencia de certeza que este Tribunal explicita el cumplimiento de este requisito, haciendo así reconocibles los criterios de aplicación empleados al respecto por este Tribunal [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón c. España]. Bien entendido que no existe una correlación simétrica entre la fase de admisión y la de decisión, ni mucho menos vinculación del Tribunal a que las cuestiones que dotaron de especial trascendencia constitucional al recurso se traduzcan forzosa y miméticamente en el núcleo de la decisión que finamente se adopte, toda vez que la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas, u otras razones pueden impedirlo»²²².

222 TC (Sala 1ª), sentencia 9/2015, de 2 de febrero, ponente: Pérez de los Cobos Orihuel.

Como ha señalado Tenorio Sánchez, «a partir de esa decisión, nuestro Tribunal Constitucional, en acatamiento de la doctrina del TEDH, explícita y motiva, por regla general, la admisión de cada recurso de amparo, unas veces en los antecedentes y otras en los fundamentos jurídico»²²³.

7.2 Los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales ante las distintas jurisdicciones: regulación provisional y régimen vigente

La vía procedimental previa al recurso de amparo constitucional puede ser la vía judicial ordinaria o la vía judicial especial establecida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución.

La primera regulación del procedimiento preferente y sumario se recogió en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona aunque únicamente respecto de tres de los cinco órdenes jurisdiccionales –penal, civil y contencioso-administrativo– que ha sido derogada poco a poco por las nuevas leyes procesales administrativa, civil, penal y laboral²²⁴. Se trataba de una Ley que establecía las especialidades procedimentales en los órdenes penal, contencioso-administrativo y civil, de los procedimientos relativos a determinados derechos fundamentales enunciados en su artículo 1.2: «las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público». No obstante y en virtud de la LOTC, fue considerada como la vía judicial previa al establecerse en la D.T. 2ª.2 de la LOTC esta previsión:

223 Pedro J. Tenorio Sánchez, “¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?”, *ob. cit.*, p. 718.

224 Nótese que esta Ley se adoptó antes de promulgarse la propia Constitución de 29 de diciembre de 1978 y se publicó unos días después en el BOE nº 3, de 3 de enero de 1979.

“En tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53.2 CE para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección 2ª Ley 62/1978 de 26 diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53.2 CE”.

En la actualidad, la regulación procesal española y su adaptación a las nuevas exigencias constitucionales han permitido establecer procedimientos preferentes y sumarios en todos los órdenes jurisdiccionales. Sin embargo, se echa de menos una regulación especializada y ordenada de estos procedimientos judiciales singulares.

En cuanto se refiere al procedimiento civil la vigente regulación del procedimiento especial se establece en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000²²⁵. En esta Ley se trata el problema básico planteado por la invocación del artículo 24 de la Constitución.

El preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace las siguientes consideraciones en cuanto a los criterios seguidos a la hora de establecer los recursos ordinarios y extraordinarios en materia civil, teniendo en cuenta, asimismo, el recurso de amparo constitucional:

“No puede desdeñarse, en efecto, la consideración de que, al amparo del art. 24 de la Constitución, tienen cabida legal recursos de amparo -la gran mayoría de ellos- sobre muchas cuestiones procesales. Esas cuestiones procesales son, a la vez, «garantías constitucionales» desde el punto de vista del art. 123 de la Constitución. Y como quiera que, a la vista de los arts. 161.1, letra b) y 53.2 del mismo texto constitucional, parece constitucionalmente inviable sustraer al Tribunal Constitucional todas las materias incluidas

225 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

en el art. 24 de nuestra norma fundamental, a la doctrina del Tribunal Constitucional hay que atenerse. Hay, pues, según nuestra norma fundamental, una instancia única y suprema de interpretación normativa en muchas materias procesales. Para otras, como se verá, se remodela por completo el denominado recurso en interés de la ley.

Los recursos de amparo por invocación del art. 24 de la Constitución han podido alargar mucho, hasta ahora, el horizonte temporal de una sentencia irrevocable, ya excesivamente prolongado en la jurisdicción ordinaria según la Ley de 1881 y sus posteriores reformas. Pues bien: esos recursos de amparo fundados en violaciones del art. 24 de la Constitución dejan de ser procedentes si no se intentó en cada caso el recurso extraordinario por infracción procesal.

Por otro lado, con este régimen de recursos extraordinarios, se reducen considerablemente las posibilidades de fricción o choque entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Este deslindamiento no es un principio inspirador del sistema de recursos extraordinarios, pero sí un criterio en absoluto desdeñable, con un efecto beneficioso. Porque el respetuoso acatamiento de la salvedad en favor del Tribunal Constitucional en lo relativo a «garantías constitucionales» puede ser y es conveniente que se armonice con la posición del Tribunal Supremo, una posición general de superioridad que el art. 123 de la Constitución atribuye al alto Tribunal Supremo con la misma claridad e igual énfasis que la referida salvedad.

El recurso de casación ante el Tribunal Supremo puede plantearse, en resumen, con estos dos objetos: 1º las sentencias que dicten las Audiencias Provinciales en materia de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución, cuando infrinjan normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso; 2º las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siempre que

incurran en similar infracción de normas sustantivas y, además, el recurso presente un interés trascendente a la tutela de los derechos e intereses legítimos de unos concretos justiciables, establecido en la forma que ha quedado dicha.

Puesto que los asuntos civiles en materia de derechos fundamentales pueden ser llevados en todo caso al Tribunal Constitucional, cabría entender que está de más su acceso a la casación ante el Tribunal Supremo. Siendo éste un criterio digno de atenta consideración, la Ley ha optado, como se acaba de decir, por una disposición contraria.

Las razones de esta opción son varias y diversas. De una parte, los referidos asuntos no constituyen una grave carga de trabajo jurisdiccional. Por otra, desde el momento constituyente mismo se estimó conveniente establecer la posibilidad del recurso casacional en esa materia, sin que se hayan manifestado discrepancias ni reticencias sobre este designio, coherente, no sólo con el propósito de esta Ley en el sentido de no excluir de la casación ninguna materia civil -y lo son, desde luego, los derechos inherentes a la personalidad, máximamente constitucionalizados-, sino también con la idea de que el Tribunal Supremo es también, de muy distintos modos, Juez de la Constitución, al igual que los restantes órganos jurisdiccionales ordinarios. Además, la subsidiariedad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no podía dejar de gravitar en el trance de esta opción legislativa. Y no es desdeñable, por ende, el efecto que sobre todos los recursos, también los extraordinarios, es previsible que ejerza el nuevo régimen de ejecución provisional, del que no están excluidas, en principio, las sentencias de condena en materia de derechos fundamentales, en las que no son infrecuentes pronunciamientos condenatorios pecuniarios" (apartado XIV del Preámbulo).

En la vía jurisdiccional civil la norma procesal aplicable como procedimiento especial y sumario para la protección de los derechos

fundamentales susceptibles de amparo es el artículo 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la cual:

“Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”.

La regulación más amplia y precisa del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales se recoge a partir de 1998 en los artículos 114 a 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²²⁶. Se trata de un procedimiento preferente y sumario, para lo cual se acortan considerablemente todos los plazos, y en el que participa el Ministerio Fiscal.

El procedimiento contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales se inicia por la interposición del recurso donde «se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso»; a continuación la Administración debe remitir el expediente administrativo en el plazo de cinco días; el tribunal debe pronunciarse sobre la admisión o inadmisión del recurso; y en caso de admitir el recurso el tribunal deberá conferir traslado a la parte actora para formular demanda, pudiendo, a continuación las demás partes en el proceso, presentar alegaciones y solicitar la práctica de las pruebas pertinentes; seguidamente y en el plazo de 5 días dictará sentencia el tribunal en la que «estimaré el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo».

²²⁶ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).

En la jurisdicción social el procedimiento especial para la defensa de la libertad sindical y los demás derechos fundamentales se establece en los artículos 177 a 184 de la Ley de Procedimiento Laboral²²⁷; se trata de un procedimiento judicial en el que participa el Ministerio Fiscal y, además de las notas de preferencia y sumariedad, se caracteriza por estar limitado, en los términos que señala el artículo 178 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, «al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública [susceptible de amparo], sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad».

No obstante, en casos muy significativos como los de despido, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada, disfrute de vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos de los sindicatos, movilidad geográfica, conciliación, impugnación de convenios colectivos y las de sanciones, «en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos [...] las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva» (art. 184 de la Ley de la jurisdicción social).

En el procedimiento especial en el ámbito jurisdiccional penal, los arts. 1 a 5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona fueron derogados expresamente por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

227 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

Por eso, como ha señalado Martínez Sospedra refiriéndose a los nuevos procedimientos especiales que poco a poco han surgido en las sucesivas reformas procesales, «el resultado ha sido la sustitución casi general de un régimen provisional y defectuoso por otros dispersos, definitivos y aún más defectuosos. Y la previsión del art. 53.2 CE sigue sin cumplirse, porque no está de más recordar que lo que la Constitución ordena es que exista ‘un procedimiento’ basado en determinados rasgos que lo configuran claramente como especial, exactamente lo contrario de lo que el legislador, sabio y prudente, ha hecho»²²⁸.

El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales coexiste con los procedimientos ordinarios ante las distintas jurisdicciones, que también cumplen el requisito de procedimiento judicial previo al recurso de amparo. De hecho, en algunas jurisdicciones, a la vista de los recursos existentes en vía especial y en vía ordinaria, podría resultar estratégicamente más interesante la vía ordinaria que la misma vía especial siempre y cuando, obviamente, se pudiese llegar apropiadamente al Tribunal Constitucional y éste no frustrase las legítimas expectativas de los justiciables de recibir una respuesta judicial en amparo.

El problema que, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos ordinarios, se plantea en los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales es el de distinguir entre el contenido esencial o constitucional del derecho susceptible de amparo y el desarrollo legal del mismo. Distinción que no resulta, en modo alguno, fácil de hacer. Así ocurre en la práctica de los jueces y tribunales contencioso-administrativos de modo que, como ha señalado el Tribunal Supremo español en su sentencia de 10 de mayo de 2003: «El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado por la Ley 62/1978, hoy sustituido por los artículos 114 a 122 de la Ley 29/98, sólo permite enjuiciar la conculcación de los derechos comprendidos en los

228 Manuel Martínez Sospedra, “Camino del colapso. Notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional y su reforma”, *ob. cit.*, p. 91.

artículos 14 a 29 de la Constitución y de la objeción de conciencia del artículo 30, quedando los problemas de pura legalidad de los actos recurridos reservados para el proceso ordinario (sentencias de esta Sala de 27 de febrero y 14 de diciembre de 1.992)»²²⁹.

No obstante, también ha de tenerse en cuenta que, como también ha subrayado el Tribunal Supremo, «la decisión sobre si en un determinado conflicto está implicado o no un derecho fundamental, puede exigir un estudio no siempre fácil, que supone de por sí un verdadero enjuiciamiento de fondo, siendo sólo al final del mismo, cuando puede llegarse a la solución correcta»²³⁰.

Por último, es preciso referirse a la posibilidad de utilizar paralelamente los dos procedimientos judiciales, el especial de protección de los derechos fundamentales y el ordinario. La simultaneidad de tales procedimientos puede producir efectos procesales como la litispendencia o la cosa juzgada, según los casos²³¹.

Si se observa estadísticamente el origen de los recursos de amparo se puede comprobar que en el período comprendido entre 1999 y 2002 alrededor del 45% se interponía contra decisiones de tribunales penales, un 25% se refería a decisiones judiciales del orden contencioso-administrativo, un 20% frente a resoluciones judiciales civiles, y un 9% en el orden social; mientras que en el orden jurisdiccional militar no llegaban al 1%; en fin, la procedencia no judicial, es decir, los recursos de amparo frente a decisiones parlamentarias fue insignificante²³².

Prácticamente la misma proporción se guarda a la vista de las estadísticas correspondientes a 2017 en que más del 52% de los amparos se interpusieron contra resoluciones de tribunales penales;

229 TS (Sala 3ª, Sección 7ª), sentencia de 10 de mayo de 2003 (recurso nº 3728/1999, ponente: González Rivas, FJ 3).

230 TS (Sala 3ª, sección 7ª), sentencia de 1 de febrero de 1995 (recurso nº 835/92, ponente: Conde Martín de Hijas, FJ 5).

231 TS (Sala 3ª, Sección 1ª), sentencia de 2 de diciembre de 2005 (recurso nº 7220/2001, ponente: Robles Fernández, FJ 3).

232 Manuel Martínez Sospedra, "Camino del colapso. Notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional y su reforma", *ob. cit.*, p.88.

casi el 20% frente a resoluciones contencioso-administrativas; casi el 18% contra resoluciones de tribunales civiles; poco más del 8% contra resoluciones sociales; casi el 2% en el ámbito penitenciario; y ya de manera insignificante contra resoluciones de tribunales militares.

Origen de los recursos de amparo ingresados en el TC en 2017

Procedencia parlamentaria (art. 42 LOTC)	27
Procedencia jurisdiccional	6.224
Civil	1.117
Penal	3.256
Penitenciario	113
Contencioso-administrativo	1.200
Social	513
Militar	25
Electoral	2
Otros	33
TOTAL	6.286

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*, Madrid.

7.3 La valoración de la protección de los derechos fundamentales por los jueces españoles con especial referencia a los derechos que no son susceptibles de amparo

La función jurisdiccional que llevan a cabo los jueces españoles está presidida por el respeto y por la salvaguardia de los derechos fundamentales tal como están consagrados en la Constitución y en los términos que formula el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, por una parte, y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, en particular la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, por otra.

La habilitación de la vía de amparo constitucional que se restringe a un catálogo muy preciso de derechos fundamentales no supone la desprotección, ni siquiera constitucional, de tales derechos. En este sentido lo ha recordado el Tribunal Constitucional respecto del derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución española, es decir, fuera del ámbito de los artículos 14 a 30 susceptibles de amparo. En efecto, en la sentencia n° 67/1988, de 18 de abril, el Tribunal Constitucional advierte:

“Sin embargo, el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo al art. 53 CE, del recurso constitucional de amparo, por lo que éste no podría servir como instrumento para proteger al ciudadano frente a expropiaciones que no respetaran las garantías del art. 33.3 CE. Ello no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías”²³³.

A diferencia de lo que ocurre con cada uno de los tribunales supremos encargados de la interpretación de los textos constitucionales o internacionales, el juez ordinario español, teniendo en cuenta la indivisibilidad de los derechos fundamentales, se inspira en la doctrina expresada por tales órganos jurisdiccionales.

En este sentido, a los jueces ordinarios corresponde propiamente el desarrollo de los derechos fundamentales que no son susceptibles de amparo y, sobre todo, en la interpretación y en la aplicación de los denominados principios rectores de la política

233 TC (Sala 1ª), sentencia n° 67/1988, de 18 de abril (ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, FJ 4).

social y económica; es decir, en ámbitos tan importantes para las sociedades contemporáneas como son la protección del medio ambiente, la protección de la salud y de los intereses económicos de los consumidores, etc.

Por último, el procedimiento de amparo constitucional supone en algunos supuestos una vulneración de los derechos fundamentales, en particular, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por no concluir en un plazo razonable.

En efecto, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de examinar en la sentencia, de 25 de noviembre de 2003, *Soto Sánchez c. España*, la duración de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español por un tiempo de cinco años, cinco meses y dieciocho días. El Tribunal de Estrasburgo reconoce que «corresponde a los Estados parte organizar su sistema judicial de modo que sus jurisdicciones puedan garantizar a toda persona el derecho de obtener una decisión definitiva en un plazo razonable»; sin embargo, en el supuesto concreto declara que «la duración del procedimiento litigioso es excesivo y no responde a la condición de un plazo razonable, por lo que constata la violación del artículo 6 §1 del Convenio» por parte de España²³⁴.

234 TEDH, sentencia de 25 de noviembre de 2003, *Soto Sánchez c. España*, §§ 43 y 42. En esta sentencia el Tribunal Europeo reconoce que la vía abierta por el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el fin de solicitar una indemnización por el funcionamiento anormal de la justicia permite, en principio, remediar la violación del derecho a un «plazo razonable» en los términos consagrados por el Convenio Europeo y que, por tanto, deberá ser intentada esta vía antes de acudir al Tribunal Europeo. Sin embargo, en el caso concreto del procedimiento de amparo, ante la falta de pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre las razones de la duración excesiva del procedimiento y la falta de precedentes de reconocimiento del derecho de indemnización justificaron que el Tribunal Europeo rechazase la causa de inadmisibilidad, por falta de agotamiento de los recursos internos, invocada por el Gobierno español (§§ 25-34).

CAPÍTULO 8. Las relaciones de los jueces españoles con los jueces europeos: diálogo y conflicto

David Ordóñez Solís

En España resultan visibles los dos riesgos ya apuntados sobre la especial sensibilidad a los derechos fundamentales: por un parte, se ha producido una cierta banalización de los derechos consagrados, apreciándose una desenfrenada carrera por tener el elenco más amplio posible de derechos, independientemente de la capacidad para garantizar su efectividad, tal como es visible en las reformas de los Estatutos de las Comunidades Autónomas llevadas a cabo a partir de 2006; y, por otra parte, el establecimiento de una protección judicial en el Convenio Europeo de 1950, en la Carta de la Unión Europea de 2000, en la Constitución española de 1978 o en los Estatutos regionales, adoptados entre 1979 y 1983, y profundamente reformados de 2006 a 2011, implica un apoderamiento a los respectivos Tribunales Europeos, Constitucional y Supremo e incluso a los 17 Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas españolas, para interpretar 'en exclusiva' el texto constitucional o cuasi-constitucional que consagra los derechos controvertidos.

Obviamente, el carácter indivisible de los derechos fundamentales y la complejidad de las relaciones sociales y jurídicas impiden

establecer compartimentos estancos en los que cada Tribunal pueda ofrecer la máxima interpretación de los distintos derechos fundamentales. Si este problema se reconduce a una cooperación entre tribunales se habrá salvado el escollo; en cambio y como es muy frecuente, si cualquiera de los tribunales implicados es muy celoso de su supremacía, surgirá el conflicto.

8.1 La lucha por la supremacía judicial en España y las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

A la vista de la Constitución española de 1978 no parece que haya dudas sobre el reparto de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. En todo caso, el artículo 117.1 de la Constitución dispone claramente: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

De hecho, en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, aproximadamente en su primera década, los aires renovadores, incluso revolucionarios en materia de derechos fundamentales, del Tribunal Constitucional fueron acogidos abierta y saludablemente por todas las instancias judiciales, incluido, desde luego, el Tribunal Supremo²³⁵.

Sin embargo, la rápida renovación generacional en el Tribunal Supremo y, sin lugar a dudas, algunas actuaciones poco afortunadas del Tribunal Constitucional terminaron manifestándose en crisis

235 Rafael de Mendizábal Allende, "La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, 2005, Madrid, p. 498, recuerda, en relación al período de transición a la democracia entre 1975 y 1978, cómo «la cúpula judicial estaba compuesta por hombres adictos al régimen periclitado y, lo que es peor, sin la menor sensibilidad histórica. La prueba de fuego fue la legalización del partido comunista, en cuyo forcejeo el pleno del Tribunal Supremo negó el 'placet', por primera vez en su vida institucional, a quien había sido nombrado para presidir su Sala Cuarta, que era la encargada del caso, por el conocido talante monárquico y liberal de dicho magistrado».

pintorescas y esperpénticas. No obstante, el recurso de amparo constitucional constituye una vía siempre abierta para que el Tribunal Constitucional pueda anular las sentencias de los tribunales ordinarios, incluido, obviamente, el Tribunal Supremo.

Resoluciones judiciales anuladas por el TC español en 2017

	Sentencias	Otras resoluciones
Tribunal Supremo	9	1
Tribunales Superiores de Justicia	6	2
Audiencia Nacional	10	-
Audiencias Provinciales	9	6
Juzgados	4	21

Fuente: Tribunal Constitucional, *Memoria 2017*, Madrid.

La causa de tales enfrentamientos radica en la difícil delimitación que puede hacerse entre el ámbito de la 'constitucionalidad' -cuyo intérprete no único pero sí supremo es indudablemente el Tribunal Constitucional- y el ámbito de la legalidad -que corresponde interpretar en última instancia al Tribunal Supremo-. Ciertamente, en materia de garantía de derechos fundamentales y, en especial, de los derechos susceptibles de amparo, tampoco hay duda de la supremacía del Tribunal Constitucional; sin embargo, una desmesurada interpretación de determinados derechos fundamentales, como es el derecho a la tutela judicial efectiva o el principio de igualdad, puede utilizarse para llegar a soluciones que interfieran en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los tribunales ordinarios.

Sobre este particular Pérez Tremps, antiguo magistrado del Tribunal Constitucional, ha señalado: «desde el punto de vista práctico, esta distinción conceptual [entre constitucionalidad y legalidad] resulta muy difícil de trazar; en especial, en materia de derechos y libertades y, por tanto en el recurso de amparo, los planos de la legalidad y de la constitucionalidad se entremezclan y confunden,

de manera que la distinción conceptual sólo sirve como un principio general que marca líneas de actuación y de delimitación, pero del que difícilmente pueden extraerse reglas precisas»²³⁶. En el mismo sentido, P. Cruz Villalón, antiguo presidente del Tribunal Constitucional, puntualiza: «la Constitución es un instrumento legítimo puesto a la disposición de los Jueces para interpretar la legalidad (y sin salirse de su ámbito), pero que ello no transforma automáticamente y *per se* esa cuestión de interpretación de la ley en un tema de constitucionalidad»²³⁷.

Algunos de los sucesivos enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han sido sistematizados y analizados por Mendizábal Allende: el caso de la paternidad del piloto de líneas aéreas (STC 7/1994, de 17 de enero) frente a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la excarcelación de la Mesa de Herri Batasuna (STC 132/1993, de 20 de julio) frente a la Sala de lo Penal, el caso de los granos de Isabel Preysler (STC 186/2001, de 17 de septiembre) contra la Sala de lo Civil que reaccionó en su sentencia de 2 de noviembre de 2001²³⁸.

Estos episodios culminaron con la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 donde inusitadamente declara la responsabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional y condena a cada uno de los once magistrados que en su momento componían el Pleno del Tribunal Constitucional a indemnizar al demandante con 500 euros cada uno por el daño moral causado mediante dos resoluciones dictadas en recurso de amparo interpuesto en su día por el propio demandante ante el Tribunal Constitucional²³⁹.

236 Pablo Pérez Trempe, en *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y BOE, Madrid, 2001, p. 644.

237 Pedro Cruz Villalón, "El Juez como garante de los derechos fundamentales", en *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2003, p. 42.

238 Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE, "La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional", *ob. cit.*, pp. 489-535.

239 TS (Sala 1ª), sentencia nº 51/2004, de 23 de enero (recurso nº 1/2003, ponente: Sierra Gil de la Cuesta); en esta sentencia, que fue objeto de un solo voto particular suscrito por un magistrado, el Tribunal Supremo español llega a

Esta sentencia del Tribunal Supremo tuvo su respuesta en un comunicado del propio Tribunal Constitucional y, además, los magistrados constitucionales recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, esperando que con las renovaciones y el lento procedimiento pudiera resolver el recurso una Sala en cuya composición, obviamente, no participen los once magistrados condenados civilmente. El Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Constitucional, de 3 de febrero de 2004, concluye en estos términos:

“Por todo ello, el Pleno del Tribunal Constitucional acuerda:

Primero. Declarar que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del poder judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos.

Segundo. Asimismo declarar que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución”.

decir: «Y en el presente caso se ha de afirmar, sin lugar a duda alguna, que los Magistrados del Tribunal Constitucional demandados, en sus resoluciones -la providencia de 18 de julio de 2002 y el acuerdo de 17 de septiembre de 2002- tuvieron una conducta absolutamente antijurídica. Se dice lo anterior porque, con dichas resoluciones, los Magistrados en cuestión se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un “*non liquet*” totalmente inadmisibles. Ya que dichos Magistrados, como miembros del Tribunal Constitucional al que se había dirigido una petición de amparo de derechos del artículo 53-2 de la Constitución Española, rechazaron la misma, no porque no se comprendiera dentro de los casos y formas establecidos por la ley -artículo 161-1-b) de la Constitución Española-, sino porque, según el proveído, iba dirigido a un hipotético tribunal y no al Tribunal Constitucional, lo que es absolutamente incierto, pues iba dirigido a ese Tribunal, cuyos miembros son ahora demandados por tal causa; sin que se pronunciaran en modo alguno sobre la petición primera, su posible abstención, sobre todo cuando el tema planteado en el amparo se refería a una cuestión que habían resuelto gubernativamente los miembros del Tribunal Constitucional demandados» (FJ 4).

Los once magistrados del Tribunal Constitucional condenados recurrieron en amparo y en virtud de la sentencia n° 133/2013, de 5 de junio, el Pleno del propio Tribunal Constitucional, integrado por nuevos magistrados, les otorga el amparo y anula el auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2003 y la Sentencia de 23 de enero de 2004 dictados en los autos sobre responsabilidad civil núm. 1-2003²⁴⁰.

El Tribunal Constitucional argumenta: «la decisión judicial de proseguir un enjuiciamiento contra los recurrentes para pronunciarse sobre la eventual responsabilidad civil en que habrían incurrido por una supuesta incorrección jurídica de la interpretación de concretas disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contenida en dos resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional dictadas en el ejercicio exclusivo de sus competencias, es una decisión irrazonable por no estar fundada en Derecho y, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Y ello porque dicha decisión no ha aplicado ni valorado razonadamente la existencia de una prohibición constitucional y legal de revisar y controlar el contenido de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano del Estado» (FJ 6).

Y por si quedase alguna duda, el Tribunal Constitucional concluye su sentencia señalando: « la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir los Magistrados del Tribunal Constitucional en ningún caso podrá deducirse del enjuiciamiento de las resoluciones jurisdiccionales que el mismo dicte» (FJ 8).

El otro capítulo lo protagoniza la sentencia n° 63/2005, de 14 de marzo, donde el Tribunal Constitucional establece una nueva doctrina sobre la prescripción del delito fiscal que sólo se interrumpe con la admisión pero no con la presentación de la denuncia o la formulación de una querrela; la Sala de lo Penal adoptó el 12 de

240 TC (Pleno) sentencia 133/2013, de 5 de junio, ponente: Sala Sánchez.

mayo de 2005 un comunicado conforme al cual: «[la Sala de lo penal del Tribunal Supremo] ha examinado la sentencia del Constitucional 63/2005 y considera que la misma ‘insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el artículo 123 de la Constitución Española», que establece que el Tribunal Supremo «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», por lo que consiguientemente «le incumbe la interpretación en la última instancia de las normas penales’»²⁴¹.

En los distintos supuestos y frente a un intento de interpretación de los más variados colores políticos de ambos Tribunales, Constitucional y Supremo, ha advertido Mendizábal Allende -que ha sido miembro de ambos Tribunales-, después de haber individualizado a los jueces implicados, «no cabe pues interpretar el enfrentamiento en clave de colores partidarios. En ambos contendientes predominaban los jacobinos»²⁴².

Generalmente y una vez pasada la crisis institucional tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo hacen propósito de mantenerse en su ámbito jurisdiccional y, especialmente, por lo que se refiere al Tribunal Constitucional confiesa el ejercicio de autocontención en términos como los que resultan de la sentencia nº 197/2005, de 18 de julio, conforme a la cual:

“Este criterio seguido por la Sentencia recurrida constituye una decisión que parte de una aplicación de la legalidad ordinaria y de una apreciación de los hechos enjuiciados que corresponde en exclusiva a los órganos judiciales (art. 117.3 CE y art. 44.1 b) LOTC), por lo que no puede ser revisada por este Tribunal al no ser el recurso de amparo una nueva instancia judicial. Nos hallamos, en definitiva, ante

241 Rafael de Mendizábal Allende, “La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional”, *ob. cit.*, p. 530.

242 *Ibidem*, pp. 532-533.

una resolución que, en los términos expuestos, no puede tildarse de arbitraria ni de manifiestamente irrazonable y que está suficientemente motivada, por lo que satisface plenamente el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, procediendo, por esta razón, la desestimación del amparo"²⁴³.

Parece claro que no habrá solución hasta que en los miembros de ambos Tribunales impere la cordura y una cierta dosis de prudencia; en todo caso será deseable que la batalla se libere por una mejora de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no, como pudiera parecer hasta el momento, por interés de los propios jueces²⁴⁴.

8.2 El Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las relaciones entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido, dentro de lo que cabe, más cordiales. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pronto adoptó, a través del artículo 10.2 de la Constitución, la doctrina especialmente avanzada que había adoptado el Tribunal Europeo en sus primeras décadas de funcionamiento. En efecto, la apertura del ordenamiento español a la jurisprudencia del Tribunal Europeo estaba propiciada por el artículo 10.2 de la Constitución conforme al cual:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos

243 TC (Sala 1ª), sentencia nº 197/2005, de 18 de julio (ponente: García-Calvo y Montiel, FJ 3).

244 Véase el interesante estudio estadístico y doctrinal desarrollado por el equipo coordinado por Carles Viver Pi-Sunyer, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, con el fin de poner de manifiesto los ámbitos en que se producen los choques entre ambos Tribunales españoles, Constitucional y Supremo.

Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”²⁴⁵.

Asimismo, el Tribunal Europeo ha elaborado una importante doctrina sobre el ‘margen de apreciación de los Estados parte en el Convenio Europeo’ a la hora de interpretar y aplicar los derechos consagrados que, de algún modo, le permite suavizar o dulcificar cualquier conflicto o enfrentamiento con Tribunales supremos nacionales, sean constitucionales u ordinarios.

Como ha señalado Carrillo Salcedo, esta doctrina del margen de apreciación nacional de los Estados es una manifestación del autocontrol del propio Tribunal Europeo advirtiendo, no obstante, que «las limitaciones y restricciones del ejercicio de los derechos reconocidos *no pueden atender contra la substancia del derecho garantizado*»²⁴⁶.

La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo en España constituye un indicador claro de lo que significa su jurisprudencia para el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha erigido, también y de manera subsidiaria, en garante de la efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que constaten la violación de los derechos fundamentales por los poderes públicos españoles.

Así resulta de la sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, relativa precisamente a la ejecución de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España, donde considera: «declarada por sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como

245 Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, especialmente, pp. 87-203.

246 Juan Antonio Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 93.

Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno»²⁴⁷. La solución a la que llega el Tribunal Constitucional en esta sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, parte del siguiente razonamiento:

“Es cierto que una adecuada coordinación de la obligación internacional asumida por el Estado y del marco constitucional interno que tutela rigurosamente la efectividad de los derechos fundamentales debería venir acompañada de medidas procesales adecuadas, en la línea sugerida por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia aquí impugnada. En este sentido, para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución.

En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen. La función del recurso de amparo no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, dando

247 TC (Pleno), sentencia 245/1991, de 16 de diciembre (ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España) (ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, FJ 3.2).

efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta además que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva desde la que también resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigibles²⁴⁸.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de matizar posteriormente tan generoso ofrecimiento como garante de la ejecución en las sentencias del Tribunal Europeo en sendos recursos de amparo por la inexecución de sentencias del Tribunal Europeo. En el primer caso el amparo se refería a la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo, de 28 de octubre de 1998, Castillo Algar c. España; sin embargo, el Tribunal Constitucional en virtud del auto nº 96/2001, de 24 de abril, inadmitió el recurso de amparo²⁴⁹. Por lo que se refiere a la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo, Perote Pellón c. España, de 25 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional reiteró su posición aunque la matizó en estos términos:

“No es posible, sin embargo, compartir los paralelismos alegados por el recurrente con el caso resuelto en la STC

248 TC (Pleno), sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, ya citada, FJ 5.3 y 4. A esta sentencia formuló voto particular discrepante el magistrado Gimeno Sendra considerando, en sustancia, que, al no haber inadmitido el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional «ha desconocido la exigencia de una resolución lesiva de un derecho fundamental, se ha atribuido funciones normativas y convertido en un órgano ejecutor de las sentencias del TEDH, ha ignorado el presupuesto de la caducidad y desnaturalizado el amparo, convirtiéndolo en un recurso de revisión, ha vulnerado la cosa juzgada material de las citadas sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo de 1982 y del propio ATC 173/1983, y ha dispuesto un procedimiento de ejecución que puede vulnerar nuevos derechos fundamentales [a la tutela y a la presunción de inocencia]».

249 TC (Pleno), auto nº 96/2001, de 24 de abril (recurso nº 853/2000).

245/1991. En esa ocasión este Tribunal estimó un recurso de amparo basado en la primera Sentencia dictada por el TEDH en la que se declaró la violación del art. 6.1 CEDH en relación con un proceso penal celebrado en España. En esa Sentencia se realizaron una serie de declaraciones que, ahora, casi catorce años después, todavía siguen estando vigentes. Así, se declaró que las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo carecen de eficacia ejecutiva, "pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio" (FJ 2). En aquél entonces se citaron los casos Marckx y Pakelli, jurisprudencia que ha sido mantenida por el Tribunal Europeo hasta el día de hoy, no obstante la importante reestructuración operada en el Convenio como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 a fines de 1998 (cfr. *inter alia* los casos Olsson c. Suecia (núm. 2), Sentencia de 27 de mayo de 1992, §§ 93-94; Ribemont c. Francia (aclaración de la Sentencia de 10 de febrero de 1995), Sentencia de 7 de agosto de 1996, §§ 19 y 21-23 ; Hentrich c. Francia (aclaración de la Sentencia de 3 de julio de 1995), Sentencia de 3 de julio de 1997, §§ 13-16 ; Scozzari y Giunta c. Italia, Sentencia de 13 de julio de 2000, § 249; Mehemi c. Francia (núm. 2), Sentencia de 10 de abril de 2003, § 43; Assanidza c. Georgia, Sentencia de 8 de abril de 2004, § 198; Öcalan c. Turquía, Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2005, § 210). Del mismo modo se afirmó que "desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE), **el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar**

la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal” (FJ 2).

Y es que el Tribunal internacional de Estrasburgo, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio (actual art. 46, rubricado “fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias”), tan sólo ostenta una potestad declarativa, puesto que la fase de ejecución de sus Sentencias es encomendada al Comité de Ministros, órgano encargado de “velar” por su ejecución²⁵⁰.

No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, la decisión del Tribunal Europeo debe tenerse en cuenta a todos los efectos en nuestro ordenamiento lo que no le impide denegar el amparo solicitado pero también advierte en su sentencia nº 240/2005, de 10 de octubre, respecto de la aplicación indirecta de la sentencia de 14 de octubre de 1999, Riera Blume y otros c. España:

“Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación *pro actione* tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan -especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes- y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar “la equivocación de un fallo” condenatorio de personas

250 TC (Sala 2ª), sentencia nº 313/2005, de 12 de diciembre (ejecución de la sentencia TEDH Perote Pellón c. España, de 25 de julio de 2002) (ponente: Sala Sánchez).

distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer “el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria” (STC 150/1997, FJ 5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado” del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración”²⁵¹.

- 251 TC (Sala 1ª), sentencia nº 240/2005, de 10 de octubre (aplicación indirecta de la sentencia TEDH de 14 de octubre de 1999, Riera Blume y otros c. España) (ponente: Casas Baamonde, FJ 6); la doctrina del Tribunal Constitucional es matizada por el magistrado Rodríguez-Zapata Pérez que en su voto particular concurrente precisa: «Creo firmemente en el principio de unidad del Derecho público interno y externo que defendió, ya en los años 30 del siglo pasado, el gran constitucionalista Boris Mirkine-Guetzèvitch. Sin embargo, me parece excesivo afirmar que “con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la expresión (hechos nuevos ... que evidencien la inocencia del condenado) del art. 954.4 LECrim debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración” (FJ 6 de la Sentencia mayoritaria). Sobre este problema se pronunció, con acierto, la STC 245/1991, de 16 de diciembre, la cual advirtió, sin embargo, que “nuestro legislador no ha adoptado ninguna disposición que permita a los Jueces ordinarios la revisión de las sentencias penales firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH” (FJ 4). Sería sin duda necesario que el legislador lo hiciese, tal vez con más amplitud de lo que le pidió el fundamento jurídico 5 de la citada STC 245/1991, pero no creo que sea posible que la deseable unidad del Derecho público en una Europa democrática la puede conseguir una sentencia de amparo de este Tribunal y, menos aún, por la vía de interpretar en un sentido tan expansivo como incorrecto el artículo 954.4 LECrim. Por eso también me parece improcedente la afirmación del fundamento jurídico 6 de la Sentencia mayoritaria que declara que una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de hecho nuevo será una interpretación rigorista y de excesivo formalismo que se opone al principio de interpretación *pro actione*». Y prácticamente en el mismo sentido la sentencia 197/2006, de 3 de julio (Sala 1ª, ponente: Aragón Reyes) donde se deniega el recurso de amparo frente a una sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) y se concluye en estos términos: «En definitiva, considerar, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo, que la STEDH de 29 de febrero de 2000, en la que se fundamentaba el recurso de revisión del demandante, no encaja en el motivo del art. 1796.1 LEC 1881 (ni en ninguno de los motivos restantes de revisión), y que para que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

Finalmente el legislador puso fin en 2015 a la incertidumbre y a la necesidad de intervenir el Tribunal Constitucional para ejecutar las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵².

De este modo, el Derecho español cuenta con un procedimiento judicial de revisión de sentencias firmes afectadas por la jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que se ha encomendado al Tribunal Supremo. La reforma introducida por el art. 5bis LOPJ prevé la generalización en todas las jurisdicciones de este recurso extraordinario de revisión ante el Tribunal Supremo contra sentencias firmes dictadas en violación de los derechos humanos de conformidad con una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El preámbulo de la Ley de reforma de 2015 subraya que «las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos (...) serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso *a quo*. Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en

Humanos fuese causa de revisión de sentencias firmes tendría que modificarse la actual normativa, estableciendo un nuevo motivo legal de revisión *ad hoc*, constituye una respuesta que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el art. 510.1 de la vigente LEC 2000 viene a reproducir, con leves matices de redacción, el art. 1796 LEC 1881 y, en definitiva, el legislador español no ha adoptado ninguna disposición que obligue a los Jueces y Tribunales a la revisión de sentencias firmes con fundamento en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que haya declarado la vulneración de un derecho fundamental reconocido por el Convenio europeo de derechos humanos. La queja del recurrente ha de ser, por tanto, desestimada y, con ella, el presente recurso de amparo» (FJ 6, *in fine*); véase, no obstante, el voto particular discrepante del magistrado Pérez Tremps para quien «la desestimación de la demanda de amparo debería haberse basado sólo y exclusivamente en que la STEDH F. B. c. España, cuya ejecución se instó primero ante la jurisdicción ordinaria y luego ante la jurisdicción constitucional, ya estaba ejecutada una vez satisfecha la indemnización fijada por dicha Sentencia».

252 Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE n° 174, de 22 de julio de 2015).

un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución».

Ahora bien, el problema más importante que plantea la relación entre el Tribunal Europeo y el Tribunal Constitucional deriva de la no coincidencia entre derechos susceptibles de amparo constitucional y los derechos consagrados por el Convenio Europeo, como es el significativo caso del derecho de propiedad; hasta el punto de que Cruz Villalón, antiguo presidente del Tribunal Constitucional, haya sugerido «una ampliación del amparo llevado por la consideración de que Estrasburgo no debiera conocer de demandas de protección de derechos que no tuvieran la oportunidad de ser invocadas antes ante nuestro Tribunal Constitucional»²⁵³.

8.3 Los Tribunales españoles y la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea

A diferencia de lo que ha ocurrido con el Tribunal Europeo, el Tribunal Constitucional español ha tenido hasta hace muy poco dificultades para comprender y aceptar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta el punto de adoptar una actitud de ignorancia respecto de los desarrollos que en este ámbito se iban logrando en el Derecho de la Unión Europea²⁵⁴.

Esta actitud contrasta con las advertencias de la doctrina que, utilizando las palabras del abogado general ante el Tribunal de Justicia, Ruiz-Jarabo Colomer, recuerda:

“los jueces nacionales son jueces comunitarios ordinarios y, en cuanto tales, han de amparar a los ciudadanos en las prerrogativas que les reconoce dicho ordenamiento

253 Pedro Cruz Villalón, “El Juez como garante de los derechos fundamentales”, *ob. cit.*, p. 44.

254 David Ordóñez Solís, “Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español: o cómo salir del laberinto”, *La Ley* n° 5796, Madrid, 5 de junio de 2003, pp. 1-10.

jurídico. También el Tribunal Constitucional es juez comunitario y, en el ejercicio de su específica potestad jurisdiccional, está obligado a dar amparo a quienes ven conculcadas sus garantías fundamentales, como consecuencia de la ablación de algunos de los derechos que les concede la Comunidad Europea²⁵⁵.

Parece que la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional ha inaugurado una etapa de mejor comprensión por este Tribunal español del Derecho comunitario europeo y de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional sostiene en su dictamen vinculante:

“Los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales

255 Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, “Constitución, poder judicial e integración europea”, en *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2003, p. 200.

autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española.

Por tanto la duda que aquí puede examinarse es la relativa a la eventual contradicción con la Constitución de una Carta de derechos que, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, debería erigirse, tras su integración en el Ordenamiento español, en pauta para la interpretación de “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”; ello, claro es, sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex art. 93 CE. No puede ser otro el sentido de la referencia a los artículos II-111 y II-112 del Tratado, que, respectivamente, delimitan el ámbito de aplicación de los derechos de la Carta, por un lado, y los criterios definidores de su interpretación y alcance, por otro. En cuanto a lo primero el Tratado identifica como destinatarios de la Carta a las “instituciones, órganos y organismos de la Unión”, así como a los Estados miembros “cuando apliquen el Derecho” de la misma, haciendo expresa salvedad de que con la Carta no se altera, por ampliación, el ámbito competencial de la Unión Europea. Esa reducción del ámbito de aplicabilidad de la Carta “y, con ella, de los criterios de interpretación mencionados en el artículo II-112” no podría impedir, de prestar el consentimiento en obligarse por el Tratado, que, en tanto que convenio sobre derechos ratificado por España, a través del procedimiento previsto en el art. 93 CE, su eficacia interpretativa respecto de los derechos y libertades proclamados por la Constitución tuviera el alcance general previsto en el art. 10.2 CE²⁵⁶.

En esta Declaración 1/2004 se distinguen dos niveles de eficacia del Derecho de la Unión en el ordenamiento interno que no se excluyen mutuamente: el nivel de aplicación del Derecho de la

256 DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (ponente: Conde Martín de Hijas, FJ 6).

Unión del que la Carta forma parte desde que entró en vigor el Tratado de Lisboa, cuya regla básica es la primacía ex artículo 93 de la Constitución; y el nivel de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución, cuya regla básica es la interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos ex art. 10.2 de la Constitución²⁵⁷.

El Tribunal Constitucional ha admitido algunos desarrollos jurisprudenciales, por ejemplo del Tribunal Constitucional alemán, conforme a los cuales el derecho a la tutela judicial efectiva incluye, asimismo, el derecho a la utilización del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia por los jueces nacionales. En la sentencia nº 180/1993, de 31 de mayo, el Tribunal Constitucional abre su doctrina en los términos siguientes:

“Comenzando el examen del recurso por la última de estas dos quejas es preciso descartar, desde ahora, que la falta de planteamiento por el TSJ Madrid de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al amparo de lo previsto en el art. 177 del Tratado CEE sea susceptible de generar, *“per se”*, una vulneración del art. 24.1 CE. En efecto, el último párrafo del art. 177 Tratado CEE establece que, cuanto se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, *“dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”*.

Como ya se ha señalado este Tribunal (STC 111/1993), de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretando el mencionado precepto (SS 16 enero 1974, asunto 166/1973; 12 febrero 1974, asunto 146/1973; y 6 octubre 1982, asunto 283/1981, del TJCE), para que dicha obligación

257 Xabier Arzoz Santisteban, *“La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”*, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 74, mayo-agosto de 2005, p. 102.

pueda reputarse existente es preciso que el órgano judicial en cuestión, abrigue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo. De manera que no procederá que se suscite la cuestión prejudicial cuando el Juez no tenga duda sobre cuál sea la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria o cuando la respuesta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda dar a dicha cuestión no sea determinante de la solución que haya de darse al litigio.

Sin perjuicio de que el art. 177 Tratado CEE, alegado por los recurrentes, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 80/987/CEE ni sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991), **la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial, y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo.**

Por todo ello, y dejando incluso de lado el hecho de que los recurrentes en amparo nunca solicitaron al Tribunal de Justicia de Madrid el planteamiento de cuestión prejudicial alguna, ha de concluirse que no ha existido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que los recurrentes atribuyen a la falta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁵⁸.

258 TC (Sala 1ª), sentencia nº 180/1993, de 31 de mayo (ponente: García-Mon y González-Regueral, FJ 2).

Y así se corrobora en la sentencia nº 58/2004, de 19 de abril, en la cual se deducen todas las consecuencias de la falta de planteamiento de un reenvío prejudicial por un Juez español, explicando:

“En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE -al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE- no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.

Ahora bien, la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental, como así ha ocurrido en el presente caso y ahora razonaremos.

Como concluimos en la STC 173/2002, el órgano judicial ha preterido nuevamente el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar los arts. 163 CE y 234 TCE, como por desconocer la eficacia de unas normas legales plenamente vigentes. Por ello ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido, colocando además a la recurrente en amparo en una situación de efectiva indefensión (FJ 10). En efecto, es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5; y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Pero también **es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para**

tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas.

Los Jueces y Tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)²⁵⁹.

259 TC (Sala 2ª), sentencia nº 58/2004, de 19 de abril (ponente: Cachón Villar, FJ 10 y 14). Esta jurisprudencia se reitera en la sentencia 194/2006, de 19 de junio, de la misma Sala 2ª del TC (ponente: Jiménez Sánchez, FJ 5).

En definitiva, es necesario subrayar que la interpretación de los derechos fundamentales en sus respectivos ámbitos por el Tribunal Constitucional español y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe apoyarse en una 'relación de cooperación' tal como lo ha apuntado el Tribunal Constitucional alemán²⁶⁰. Y es, precisamente, esta vía de cooperación judicial la que permitirá un desarrollo extraordinariamente fecundo en la aplicación del Derecho.

De hecho, el Derecho de la Unión Europea cuenta con el reenvío prejudicial, a través del cual un juez o tribunal nacional puede o debe, según los casos, plantear una cuestión prejudicial sobre la interpretación de todo el ordenamiento de la Unión Europea o sobre la validez del Derecho derivado de la Unión.

De hecho, el Tribunal Constitucional español ha utilizado en un ocasión la vía prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha respondido con la *sentencia Melloni*. En su reenvío prejudicial, cuestionado por uno de los magistrados más europeístas del Tribunal Constitucional, Pablo Pérez Tremps, se planteaba la validez del procedimiento previsto en la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea; aunque, en realidad, lo que preguntaba el Tribunal Constitucional era si podía mantener un nivel de exigencia más elevado en materia de derechos fundamentales que, en el caso concreto, en Italia.

La respuesta del Tribunal de Justicia fue enérgica al considerar que la Decisión marco era conforme con la Carta de los Derechos Fundamentales y, en cambio, sería contrario al principio de primacía del Derecho de la Unión permitir que cada tribunal constitucional estableciese su propio nivel de protección. O dicho con las palabras del Tribunal de Justicia: «en virtud del principio de primacía

260 Albrecht Weber, "La Carta Europea de Derechos Fundamentales y la protección nacional de los derechos fundamentales (¿Ordenamientos separados de derechos fundamentales, relación de cooperación o coordinación *cuasifederal*)?" en *La democracia constitucional*, Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, tomo II, Madrid, 2002, pp. 1391-1405.

del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión [...] la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado» (apartado 59)²⁶¹.

En su sentencia 26/2014, de 13 de febrero, el Tribunal Constitucional español revisa su jurisprudencia anterior pero lo hace, como se pone de manifiesto en dos votos particulares, recordando la Declaración 1/2003, «“en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ést[e], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes”» (FJ 3)²⁶².

Los demás tribunales españoles, incluidos los de primera instancia, han confiado especialmente en la jurisprudencia más evolucionada del Tribunal de Justicia en ámbitos como los de la protección de los consumidores o los de la igualdad entre hombres y mujeres.

Por ejemplo, por lo que se refiere a los consumidores y gracias a una cuestión prejudicial formulada por un Juez de primera instancia de Barcelona en relación con la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Tribunal de Justicia comunitario expresó su jurisprudencia conforme a la cual:

261 TJUE (Gran Sala) sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107.

262 TC (Pleno), sentencia nº 26/2014, de 13 de febrero, Melloni, ponente: Roca Trías.

“Es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

De cuanto antecede se desprende que la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales”²⁶³.

Por lo que se refiere a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras, un juez español también de primera instancia, en desacuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otros tribunales de apelación, decide formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que respalda su interpretación en la sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez. De acuerdo con la jurisprudencia española tradicional, el solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla determina que la trabajadora no tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, pues primaría el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, utilizando básicamente la argumentación sostenida por el Juez español, responde en estos términos:

²⁶³ TJCE, sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartados 28 y 29).

“El derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104 (sentencia BECTU, antes citada, apartado 43).

Resulta significativo a este respecto que dicha Directiva establezca además la regla de que el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que sólo en caso de que concluya la relación laboral su artículo 7, apartado 2, permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación financiera (sentencia BECTU, antes citada, apartado 44).

El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104, con arreglo al cual **los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias «de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales», debe interpretarse en el sentido de que las modalidades de aplicación nacionales deberán en cualquier caso respetar el derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas**²⁶⁴.

Por tanto, puede comprobarse que en la protección judicial de los derechos fundamentales existe una combinación práctica bien apropiada del control concentrado –en manos del Tribunal Constitucional– y del control difuso –a través de todos los tribunales ordinarios y con posibilidad de acudir bien al Tribunal Constitucional bien al Tribunal de Justicia de la Unión Europea–; lo que de algún modo es un revulsivo para la jurisprudencia española actual.

264 TJCE, sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez (C-342/01, Rec. p. I-2605, apartados 29 a 31).

Desde el punto de vista de los jueces españoles, en numerosas ocasiones se les plantea a quién acudir, al Tribunal de Justicia o al Tribunal Constitucional, para recibir ilustración sobre la interpretación de determinados derechos fundamentales.

La opción más probable en estos últimos años parece ser la de recurrir al Tribunal de Justicia, mucho más acogedor y rápido que al Tribunal Constitucional español.

Merece la pena exponer dos casos muy significativos relativos a la aplicación del principio de igualdad en los que se planteaba la posibilidad de acudir bien a Luxemburgo bien a Madrid. Probablemente la razón del tiempo fue muy significativa en los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia mediante las *sentencias Elbal Moreno* y *Vital Pérez*.

En el caso *Elbal Moreno*, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona se planteó en 2011 la opción de acudir con su problema interpretativo relativo a la aplicación del principio de igualdad en materia de Seguridad Social a Madrid o a Luxemburgo. Al informarse en ambos tribunales el juez de lo Social pudo comprobar en el Tribunal Constitucional estaba pendiente desde 2003 la cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre idéntica cuestión, caso *Soneira Fraga*. Por tanto, el juez barcelonés decide el 4 de julio de 2011 plantear la cuestión prejudicial y la respuesta la dicta el Tribunal de Justicia el 22 de noviembre de 2012²⁶⁵. Entre tanto, el Tribunal Constitucional español seguía tramitando la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el tribunal gallego el 13 de septiembre de 2003 y que, en realidad, no obtuvo respuesta hasta el 14 de marzo de 2013²⁶⁶.

265 TJUE, sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746.

266 TC (Pleno), sentencia nº 61/2013, de 14 de marzo, *Soneira Fraga*, ponente: Pérez de los Cobos Orihuel.

El resultado jurídico en ambos asuntos es en la práctica el mismo: de la sentencia del Tribunal de Justicia se deduce que la Ley española de la Seguridad Social es contraria a la Directiva 79/7 por lo que el juez debe inaplicar la norma legal española; en el otro caso, el Tribunal Constitucional, vinculado por la jurisprudencia europea pero esgrimiendo el artículo 14 de la Constitución, anula el precepto legal cuestionado y ya el tribunal gallego puede dar la misma solución que mucho antes aplicó el juez catalán al no tener que seguir una ley española que acababa de anular el Tribunal Constitucional.

Y prácticamente en los mismos términos se puede comprender que un juez asturiano plantease la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el *asunto Vital Pérez* y no la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Parecía más fácil y resultaba más rápido obtener una respuesta del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del principio de igualdad a la discriminación sufrida por los candidatos que tenían más de 30 años y había excluido del procedimiento selectivo para ingresar en la Policía local de Oviedo en aplicación de una ley autonómica. En poco más de 15 meses el Tribunal de Justicia ofreció una interpretación de la que se deduce la incompatibilidad de la legislación asturiana relativa a la policía local con la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo²⁶⁷.

Por eso la más reciente actitud del Tribunal Constitucional español consiste en asumir, como si de su propia doctrina se tratase, la consagración de los derechos fundamentales tanto en el Convenio Europeo como en la Carta de Derechos Fundamentales, tal como han sido desarrollados por el Tribunal Europeo y el Tribunal de Justicia.

267 TJUE, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Mario Vital Pérez / Ayuntamiento de Oviedo, C-416/13, EU:C:2014:2371.

Así, en la sentencia nº 26/2014, de 13 de febrero, recaída en el asunto Melloni, el Tribunal Constitucional cambia su jurisprudencia anterior y lo hace de acuerdo con este razonamiento:

tanto la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio europeo como la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia *ad extra*²⁶⁸

Del mismo modo, la STC 3/2018 no deja lugar a dudas del carácter vinculante, europeo y español, de la Carta en estos términos:

el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, vinculante ex artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, y que entró en vigor junto con el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (si bien en España y a los estrictos efectos del art. 10.2 CE, la Carta lo hizo el 1 de agosto de 2008, conforme con el art. 2 y la disposición final única de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), prohíbe expresamente toda clase de discriminación y en particular la ejercida, entre otras circunstancias, por razón de la edad. El valor de la Carta, como observa la citada STJUE de 19 de enero de 2010, es la misma que la de los Tratados constitutivos (FJ 22),

268 TC (Pleno), sentencia nº 26/2014, de 13 de febrero, Melloni, ponente: Roca Trías, FJ 4; el cambio de jurisprudencia lo plasma el Tribunal español en estos términos: «Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado».

siempre que se aplique a una materia propia del Derecho de la Unión (FJ 23)²⁶⁹.

En fin, la STC 58/2018 construye un 'derecho al olvido' «como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, [que] supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales», con un repaso de la regulación europea y de la jurisprudencia procedente de Estrasburgo y Luxemburgo²⁷⁰.

En suma, ya no se entendería la protección de los derechos fundamentales en España ni su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional y los demás tribunales sin una referencia y una atención a la protección del Convenio Europeo y de la Carta, tal como son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

269 TC (Sala 2ª), sentencia nº 3/2018, de 22 de enero, ponente: Enríquez Sancho, FJ 4, *in fine*.

270 STC 58/2018, de 4 de junio, ponente: Balaguer Callejón, FJ 6.

CAPÍTULO 9. La interpretación de los derechos fundamentales por los jueces españoles en la integración europea

David Ordóñez Solís

El lenguaje de los jueces está influido por la especial naturaleza del Derecho que aplican y ya es tradicional recordar, como explicaba Hart, que el lenguaje jurídico se caracteriza precisamente por la «textura abierta del Derecho» lo que, en definitiva, «significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso»²⁷¹. Asimismo, la evolución de la posición del juez, en especial su misión de aplicar la Constitución y el resto del ordenamiento, ha supuesto «la incorporación de los jueces al debate político» y esto les «obliga al uso de un lenguaje nuevo que ofrece también posibilidades dialécticas distintas»²⁷².

271 H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 168.

272 Francisco Rubio Llorente, "Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 67, enero-abril de 2003, p. 57.

Las anteriores consideraciones cobran una dimensión especial en nuestros días y en cuanto se refiere a la interpretación de las normas que reconocen y proclaman los derechos fundamentales y los derechos humanos. Por esa razón ha sido preciso buscar otro paradigma que explique la realidad distinto del positivismo jurídico que concebía al juez como 'un mero autómatas que aplica normas jurídicas' mediante una simple operación 'lógica' de subsunción entre hechos y normas. En efecto, la tarea del juez consiste en decidir interpretando el Derecho, por lo que no podía ser más inexacta la vieja máxima «*in claris non fit interpretatio*» dado que en todos los casos es preciso que el juez interprete el Derecho. En este sentido y a la vista del modo de argumentar de los jueces y, en especial, respecto del examen de la práctica de los tribunales de los derechos fundamentales, Alexy ha comprobado que «en el procedimiento judicial no sólo se argumenta sino que también se decide»²⁷³. Esto explica que en la actualidad se distinga al hablar de la interpretación judicial entre reglas y principios; en el caso de la interpretación de las primeras seguiría aplicándose el paradigma clásico de la subsunción; y, en cambio, tratándose de los principios la interpretación giraría en torno a un proceso de 'ponderación' que debería llevar a cabo el juez.

Por tanto y teniendo muy presentes los ejemplos de la jurisprudencia se propone abordar a continuación dos cuestiones especialmente relevantes de la interpretación judicial de los derechos fundamentales: en primer lugar, cómo se aplica la técnica de la ponderación de los principios que contienen los derechos fundamentales y los derechos humanos; en segundo lugar, es conveniente examinar el efecto que tiene la indivisibilidad de los derechos humanos en la interpretación judicial, especialmente en lo que se refiere a la división doctrinal de las distintas generaciones de derechos fundamentales; en fin, cerramos este Capítulo

273 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 532.

abordando cuestiones tradicionales relativas a los límites, a la suspensión y a la aplicación del principio de proporcionalidad.

9.1 Las particularidades de la interpretación judicial de los derechos humanos: principios y reglas

El 'lenguaje de los derechos' se ha creado por los jueces sólo en el momento en que han desbordado con su ejercicio la 'función tradicional' de aplicar el Derecho. En este sentido han sido los más altos tribunales, como es el caso del Tribunal Supremo norteamericano o los Tribunales constitucionales europeos, los que han creado paulatinamente este nuevo 'lenguaje de los derechos fundamentales'. En este sentido, la justicia constitucional y la justicia internacional y supranacional han desempeñado una labor en cierto modo 'pedagógica' sobre los derechos humanos.

Así ha ocurrido por ejemplo en el caso de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional español y respecto de una estructura judicial que no estaba habituada al 'lenguaje de los derechos'. Y también ocurre por ejemplo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sobre este particular y en un voto particular formulado por el juez y presidente García Ramírez: «la justicia sobre derechos humanos pretender ser "ejemplar" y "aleccionadora". Sirve al "conocimiento de la verdad" y a la "rectificación política y social". En otros términos, no se confina ni satisface con la decisión escueta sobre la controversia -que, por lo demás, ha cesado-, sino busca aleccionar acerca de los factores de vulneración de derechos fundamentales, las prácticas violatorias, el padecimiento de las víctimas, las exigencias de la reparación que va más allá de las indemnizaciones o las compensaciones patrimoniales, el conocimiento general de las faltas cometidas. En este sentido, reviste un carácter más acusadamente social, histórico, moral, pedagógico, que otras expresiones de la justicia pública»²⁷⁴.

274 Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, sobre fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 162, § 20)

Este nuevo 'lenguaje de los derechos' empleado por los jueces ha obligado a buscar una explicación bien distinta de la interpretación que tradicionalmente se remitía a la operación lógica de la subsunción para explicarse a través de la ponderación de los principios. A continuación se explica la técnica de la ponderación y se analizan algunos supuestos prácticos de interpretación de los derechos fundamentales.

9.1.1 La técnica de la ponderación de los derechos fundamentales como principios

La interpretación y la aplicación de las normas que reconocen los derechos fundamentales y los derechos humanos no son iguales a los supuestos relativos a otro tipo de normas jurídicas. En el caso de los derechos fundamentales no estamos propiamente ante reglas sino ante principios; esto supone, como ha señalado L.M. Díez-Picazo, que las *reglas* están sujetas a una interpretación conforme a la 'técnica de la subsunción' mientras que los *principios* son aplicados de acuerdo con la 'técnica de la ponderación'²⁷⁵.

Esta distinción entre reglas y principios ha sido propugnada tanto en la doctrina norteamericana, especialmente por R. Dworkin, como en la europea donde el alemán R. Alexy la aplicó muy precisamente a la materia de los derechos fundamentales. Pues bien, de acuerdo con Alexy: «El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser

275 L.M.^a Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 4.

cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de[be] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio»²⁷⁶.

En el caso de Alexy se ha tratado de explicar de una manera particularmente sofisticada la estructura de la ponderación compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de la argumentación. En primer lugar, la ley de la ponderación se explica así: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro». En segundo lugar, según Alexy la fórmula del peso establece que el peso concreto de un principio en relación con otro deriva del cociente entre, de un lado, el producto de la importancia del primer principio, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia; y, de otro lado, los mismos elementos del segundo principio. Metafóricamente Alexy atribuye valores numéricos al peso abstracto: leve, medio y grave; y a la seguridad de las apreciaciones empíricas: cierto, plausible, no evidentemente falto, lo que permite obtener el peso concreto. Y, en tercer lugar, la carga de la argumentación opera cuando la fórmula del peso es un empate y debe tener en cuenta y favorecer el principio democrático.

Obviamente, esta fórmula es susceptible de mejoras y, de hecho, amparándose en la misma, se ha tratado de completar pero también se reconoce que «este modelo de ponderación abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante»²⁷⁷. En efecto, el intento de precisar

276 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 86-87.

277 BERNAL PULIDO, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 77, mayo-agosto de 2006, pp. 51-75.

y calcular la ponderación que realiza el juez, parece olvidar que estamos ante una mera técnica que cada juez emplea y explica como quiere y como puede. En este sentido, Guastini ha considerado que 'la ponderación no es una operación estrictamente interpretativa' dado que «la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional el cambio de valor comparativo de los dos principios a la luz de otra controversia que deba resolverse»²⁷⁸.

En la realidad de la jurisprudencia puede comprobarse, por ejemplo a la vista de la práctica del Tribunal Constitucional español, cómo en su controvertida sentencia, de 15 de febrero de 2007, del Pleno y por unanimidad (ponente: Casas Baamonde), relativa a los profesores de religión nombrados a propuesta de la Iglesia católica señala: «por más que haya de respetarse la libertad de criterio de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de una persona como profesor de su doctrina, **tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución**, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional [...] **son, precisamente, los órganos jurisdiccionales los que deben ponderar los diversos derechos fundamentales en juego**» (FJ 7).

Pero en todo caso lo que ha quedado de manifiesto es que en la interpretación jurídica ha influido, indudablemente, la concepción constitucional del ordenamiento jurídico. Sobre este particular se

278 GUASTINI, Riccardo, "Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale* n° LI, enero-febrero de 2006, n° 1, p. 778.

ha dicho refiriéndose a la Constitución española: «el contenido político y la ambigüedad de la norma constitucional [...] producen un efecto ‘arco iris’ en la Jurisprudencia. Ante dos litigios fundamentalmente iguales, el Tribunal [Constitucional español] es capaz de argumentar “de bien argumentar” dos sentencias de colores diferentes, violeta, rojo, o de cualquier otro de los colores intermedios»²⁷⁹.

Esta nueva dimensión constitucional ha provocado, como ha apuntado Prieto Sanchís, importantes consecuencias para la interpretación judicial: «la existencia de un sistema auténticamente constitucional no puede dejar de valorarse en un planteamiento realista de la cuestión, aunque pudiéramos decir que se proyecta sobre la creación judicial con un sentido contradictorio, haciendo más difíciles los casos fáciles y contribuyendo a resolver los difíciles; de un lado, la Constitución amplía las facultades de enjuiciamiento por cuanto el tribunal no sólo ha de interrogarse sobre el sentido e idoneidad de la norma para resolver el caso, sino también acerca de su validez constitucional; de otro, los valores y principios constitucionales deben estar siempre presentes en las operaciones de atribución de significado, por lo que es difícilmente imaginable un supuesto en el que el juez, olvidando los textos normativos, pueda desarrollar libremente su sentimiento jurídico o su idea de la moral»²⁸⁰.

Los distintos métodos de interpretación se pueden identificar, en cierta medida, con las distintas corrientes de pensamiento jurídico que han acentuado uno o algunos de los métodos de interpretación (histórico, comparativo, teleológico, etc.). Y, del mismo modo, desde esta perspectiva el empleo de uno u otro método de interpretación resulta sumamente revelador de las intenciones del

279 LAFUENTE BALLE, José M^a, “Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto ‘arco iris’: los casos «inaudita parte»”, *Revista de derecho político* n° 58-59, 2003-2004, p. 809.

280 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 93.

intérprete. Así, por ejemplo, los métodos tradicionales, el literal y el sistemático son los más ajustados y los que más denotan la neutralidad del juez. Sin embargo, en casos particulares, los jueces constitucionales y los internacionales han recurrido con más frecuencia a otros métodos, principalmente, el finalista o teleológico, con el fin de orientar o establecer las pautas de un proceso político concreto. El recurso a estos métodos se debe básicamente a dos razones: por una parte, al carácter general, es decir «político», con que se expresan los textos constitucionales; y, por otra parte, a la conciliación de distintas opciones, principalmente en el caso de una integración de distintos Derechos.

Los métodos de interpretación jurídica son instrumentos imprescindibles para aplicar el Derecho. Y así, Alf Ross llegó a afirmar que «toda interpretación que rebase [e]l principio lógico-gramatical es creación de derecho»²⁸¹. Y en la medida en que los métodos de interpretación están a disposición del juez, son elegidos libremente por el juez a la hora de aplicar el Derecho, hasta el punto de que, como ha recordado Gustavo Zagrebelsky: «La búsqueda de la regla no está determinada por el método, sino que al contrario el método es la consecuencia de la búsqueda -o de su orientación-; depende de lo que se quiera encontrar. Con frecuencia el método no es más que un recurso argumentativo para demostrar que la regla obtenida del ordenamiento jurídico es una regla posible, es decir, justificable en un preciso ordenamiento».

Así pues, en la elección de uno u otro método de interpretación el juez está revelando sus propios intereses o si se quiere la dimensión política de la decisión judicial a la que pretende llegar o que una vez alcanzada debe justificar. Sobre este particular, teniendo presente la experiencia de los Estados Unidos, se ha subrayado: «La incapacidad de los métodos tradicionales está clara, pero los

281 Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, traducción de J.L Muñoz de Baena, A. de Prada y P. López, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 [1926], p. 406)

peligros de subjetivización (y de arbitrariedad e incluso «politización» de la justicia) también [...] se pretende poner coto a los peligros de la «jurisprudencia política» a través de un pragmático uso (ya propugnado desde hace tiempo por Brandeis y Frankfurter) del *self-restraint*»²⁸².

Por último, debe advertirse del peligro que supone la consideración de todo el Derecho como Derecho constitucional o Derecho de los derechos fundamentales, sin tener en cuenta el resto del ordenamiento jurídico. En este sentido y tal como ha advertido R. Alexy debe tenerse en cuenta el riesgo de 'una iufundamentalización de todo el derecho' y 'una expansión de los derechos fundamentales', «que encerraría en sí misma el peligro de una excesiva expansión de la competencia del Tribunal Constitucional Federal»²⁸³.

En efecto, el empleo de una interpretación teleológica y que no tenga en cuenta el resto del ordenamiento jurídico al aplicar la Constitución y, en particular, las normas relativas a los derechos fundamentales; así como un excesivo intervencionismo de los Tribunales internacionales supranacionales sin dejar un mínimo margen de actuación a los tribunales internos, vulnerarían otros principios esenciales de las sociedades democráticas como pudieran ser la división de poderes o una cierta autonomía de los Estados miembros de las organizaciones internacionales supranacionales.

En este sentido y por una parte, L.M^a Díez-Picazo insiste sobre los límites del control jurisdiccional al subrayar: «La apertura a la filosofía política y moral halla, así, un tope en la libertad de configuración del ordenamiento que corresponde al legislador democrático. No cabe intentar a toda costa imponer una determinada doctrina o concepción moral, pasando por encima de la mayoría encarnada en el legislador democrático»²⁸⁴. Y, por otra parte, D.

282 ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 12.

283 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 315.

284 L.M^a Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 45.

Grimm ha advertido sobre la legitimidad de los jueces frente a la legitimidad democrática de los parlamentos o incluso de los ejecutivos señalando: «también la protección material de los derechos fundamentales, considerablemente cargada al principio de proporcionalidad, tiene sus costes para el Estado democrático y de derecho, puesto que habitualmente, como estándar de razonabilidad y adecuación, carece de generalidad y sólo arroja resultados casuísticos. En la medida en que los tribunales controlan al legislativo o al ejecutivo aplicando este criterio, cargan con la tarea de la estructuración social sin estar suficientemente preparados o legitimados para ello»²⁸⁵. En fin, Anna Pintore ha criticado una tendencia muy difundida en la actualidad consistente en «convertir a los derechos en un instrumento insaciable, devorador de la democracia, del espacio político y, a fin de cuentas, de la propia autonomía moral de la cual los hacemos derivar»²⁸⁶.

9.1.2 La ponderación en la aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de los tribunales: derechos fundamentales y libertades económicas en la integración europea

La técnica de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales ha conducido a proponer establecer una jerarquía entre los distintos derechos fundamentales o incluso se ha hablado de derechos preferentes frente a derechos 'debilitados' o 'sacrificados'²⁸⁷. Los ejemplos más significativos de derechos debilitados que se ofrecen a la vista de la doctrina constitucional española se refieren al derecho al honor y el derecho de propiedad. En el caso del derecho al honor cedería, en determinados casos, ante

285 Dieter Grimm, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, estudio preliminar Antonio López Pina, trad. R. Sanz Burgos y J.L. Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, [ed. alemana de 1991], 2006, p. 208.

286 Anna Pintore. en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, p. 243.

287 Juan Andrés Muñoz Arnau, *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 156-161.

la libertad de expresión y, específicamente, ante la libertad de prensa. El derecho de propiedad resulta esencialmente limitado por la función social de la propiedad. Sin embargo, tal perspectiva resulta más bien limitada y habrá de estarse a cada uno de los casos concretos para determinar, para ponderar, la aplicación de unos y otros derechos fundamentales. Sin embargo, como puede comprobarse en la práctica debe conciliarse lo que Häberle denominaba 'un orden jerárquico de valores' con 'un orden de relación de valores'²⁸⁸.

Un ejemplo muy elocuente de esta ponderación de los derechos fundamentales lo ofrece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha tenido que valorar, por una parte, las libertades fundamentales del mercado común (libre circulación de mercancías, de personas, de capitales) y los derechos fundamentales tradicionales.

A tal efecto, ya se ha recordado la fecunda interacción entre las libertades económicas comunitarias y los derechos fundamentales, por lo que en este capítulo conviene referirse al ejercicio de ponderación que debe realizar sistemáticamente el Tribunal de Justicia cuando son aplicables y, en cierto modo, excluyentes a un determinado caso las libertades económicas y los derechos fundamentales. Esta delicada cuestión interpretativa cada vez es más frecuente tal como ha puesto de manifiesto el Abogado General Mengozzi en sus Conclusiones, de 26 de octubre de 2006, Gestoras Pro Amnistía y Segi, por lo que «el Tribunal de Justicia ha tenido que buscar, esencialmente, un equilibrio entre los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Tratado CE»²⁸⁹.

Es precisamente en el asunto Schmidberger donde de una manera clara se ha planteado la cuestión sobre el alcance de la obligación

288 HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. de Joaquín Brage Camazano de la edición de 1962, Dykinson, Madrid, 2003, p. 33.

289 TJCE, Conclusiones del Abogado General P. Mengozzi, de 26 de octubre de 2006, Gestoras Pro Amnistía y Segi / Consejo (C-354/04 P y C-355/04 P).

de las autoridades nacionales de mantener abiertas las rutas de tránsito más importantes con el fin de garantizar la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad y, en particular, se le preguntaba al Tribunal de Justicia si las autoridades austriacas podía prohibir una manifestación de carácter político con fines medioambientales cuyos organizadores defendían su derecho fundamental a la libertad de expresión y de reunión.

El Abogado General Jacobs en sus conclusiones, de 11 de julio de 2002, observó que «es el primer caso en el que un Estado miembro ha invocado la necesidad de proteger derechos fundamentales para justificar una restricción a una de las libertades fundamentales del Tratado. Es posible que, si este tipo de casos han sido poco comunes hasta ahora, ello se deba a que, normalmente, las restricciones de las libertades fundamentales del Tratado se imponen no para proteger los derechos fundamentales de los particulares, sino en razón de objetivos de interés general más amplios, como la salud pública o la protección de los consumidores. Sin embargo, es previsible que este tipo de asuntos se hagan más frecuentes en el futuro: muchas de las justificaciones que actualmente reconoce el Tribunal de Justicia también podrían formularse de tal modo que estuvieran basadas en consideraciones relativas a los derechos fundamentales»²⁹⁰.

La respuesta del Tribunal de Justicia contenida en la sentencia, Schmidberger, permite comprender los términos en que debe controlarse la conformidad de las medidas impuestas por el Derecho comunitario con la garantía de los derechos fundamentales²⁹¹. Por una parte, el Tribunal comunitario establece, a modo de principio: «al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede

290 TJCE, Conclusiones del Abogado General F.G. Jacobs, de 11 de julio de 2002, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 89).

291 TJCE, Sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, I-5659.

justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías» (apartado 74). Y adelanta el Tribunal de Justicia el método interpretativo que seguirá y que le exige acudir al Convenio Europeo de Derechos Humanos en tanto que «conforme a reiterada jurisprudencia, desde el momento en que una situación nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como ocurre en el asunto principal, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha situación con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, tal como están expresados, en particular, en el CEDH (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719, apartado 28)» (apartado 75). Y el modo de proceder en la interpretación, como explica el Tribunal comunitario, consiste en ponderar tanto las libertades económicas fundamentales como los derechos fundamentales en los términos que resultan de la misma sentencia Schmidberger. Esto supone la recíproca limitación de la libre circulación de mercancías (apartado 78) y de las libertades de expresión y de reunión (apartados 79 y 80).

En relación con estos derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia subraya las limitaciones que prevé el Convenio Europeo: «si bien los derechos fundamentales controvertidos en el asunto principal están expresamente reconocidos por el CEDH y constituyen fundamentos esenciales de una sociedad democrática, del propio texto del apartado 2 de los artículos 10 y 11 de dicho Convenio resulta sin embargo que las libertades de expresión y de reunión pueden ser también objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, en la medida en que dichas excepciones estén previstas por la ley, respondan a una

o más finalidades legítimas con arreglo a dichas disposiciones y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, estén justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, sean proporcionadas a la finalidad legítima perseguida (apartado 79).

Y, al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia se refiere a los límites que resultan de la integración económica europea: «los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen -contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción- prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido por tales restricciones, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos (apartado 80).

Finalmente el Tribunal de Justicia termina respondiendo al Tribunal Superior de Innsbruck que el hecho de no haber prohibido las autoridades austriacas una concentración que supuso el bloqueo total, durante cerca de treinta horas sin interrupción, de una vía de comunicación importante como la autopista del Brenner y que restringía el comercio intracomunitario de mercancías, no es incompatible con los artículos 30, 34 y 5 del Tratado CE, por estar justificado por la finalidad de la manifestación pública y expresada legalmente de una opinión (apartado 94).

En términos muy similares, con la sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega, el Tribunal de Justicia responde al reenvío prejudicial del Tribunal Supremo Administrativo alemán en el que le preguntaba sobre la compatibilidad con las libertades comunitarias de libre circulación y libre prestación de servicios de una

legislación alemana que prohíbe por razones de orden público una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana²⁹². El Tribunal de Justicia admite la justificación de la medida legislativa alemana al comprobar que «la prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio de la República Federal de Alemania. Por otra parte, debe observarse que, al prohibir únicamente la variante del juego láser que tiene por objeto disparar a blancos humanos y, por tanto, ‘jugar a matar’ personas, la orden controvertida no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por las autoridades nacionales competentes» apartado 39).

El Tribunal Supremo alemán quería saber también si era necesaria una *opinio iuris* común en todos los Estados miembros para justificar la excepción a la libertad comunitaria como parecía deducirse de la sentencia, Schindler²⁹³ (apartado 15).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia precisó: «A este respecto, no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. Aunque, en el apartado 60 de la sentencia Schindler, antes citada, el Tribunal de Justicia se refirió a consideraciones de orden moral, religioso o cultural que llevan a todos los Estados a imponer restricciones a la organización de loterías y de otros juegos, al mencionar esta concepción común, el Tribunal de Justicia no tuvo la intención de formular un criterio general para

292 TJCE, Sentencia de 14 de octubre de 2004, OM C-36/02, Rec. P. I-9609.

293 TJCE, Sentencia de 24 de marzo de 1994, schindler, C-124/91, Rec P. I-6067.

apreciar la proporcionalidad de toda medida nacional que limite el ejercicio de una actividad económica» (apartado 37).

El mismo proceder ponderativo entre derechos fundamentales y libertades económicas lo ha desarrollado el Tribunal de Justicia en la sentencia, de 12 de diciembre de 2006, por la que desestimaba el recurso de anulación interpuesto por Alemania contra la Directiva sobre la publicidad del tabaco. En este caso el derecho fundamental esgrimido por Alemania frente a la prohibición de la publicidad en los productos relacionados con el tabaco era el de la libertad de expresión.

Nuevamente en sus razonamientos el Tribunal de Justicia admite restricciones a la libertad de expresión en los términos que resultan del artículo 10 del Convenio Europeo y de la jurisprudencia europea y comunitaria; sin embargo, a su juicio: «la facultad de apreciación de que disponen las autoridades competentes para determinar dónde se halla el equilibrio justo entre la libertad de expresión y los objetivos de interés general contemplados en el artículo 10, apartado 2, del CEDH, varía en función de cada una de las finalidades que permiten limitar este derecho y según la naturaleza de las actividades en juego. Cuando existe cierto margen de apreciación, el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia. Es lo que sucede con el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como el de la publicidad (véase, en particular, la sentencia Karner, antes citada, apartado 51). En el presente caso, aun suponiendo que las medidas de prohibición de la publicidad o del patrocinio previstas en los artículos 3 y 4 de la Directiva tengan por efecto que la libertad de expresión se vea indirectamente menoscabada, la libertad de expresión en el periodismo, como tal, queda intacta, de tal modo que las colaboraciones de los periodistas no resultan afectadas» (apartados 155 y 156).

En fin, ha de tenerse en cuenta que en otros casos se invocan derechos fundamentales con el fin de excusarse del cumplimiento

de obligaciones públicas o privadas sin que, en realidad, quede afectado el derecho fundamental invocado. Así, por ejemplo y en relación con los derechos de autor, el Tribunal de Justicia ha argumentado en la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE / Rafael Hoteles (C-306/05):

“Además, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2001/29 y en el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, el derecho de comunicación al público incluye la puesta a disposición del público de las obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. El derecho de poner la obra a disposición del público y, por tanto, de comunicarla al público quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las comunicaciones efectuadas en lugares privados.

En apoyo de la tesis relativa al carácter privado de las habitaciones de los hoteles, Irlanda ha invocado también el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y, más concretamente, su artículo 8, conforme al cual se prohíbe toda injerencia arbitraria o desproporcionada de la autoridad pública en la esfera de actividad privada. Tampoco puede acogerse este argumento.

Debe señalarse, a este respecto, que Irlanda no precisa quién sería, en un contexto como el del asunto principal, la víctima de dicha injerencia arbitraria o desproporcionada. Apenas puede concebirse que Irlanda se refiera a los clientes, que disfrutan de la señal que reciben sin tener ninguna obligación de compensación para con los autores. Resulta manifiesto que tampoco puede tratarse del establecimiento hotelero, puesto que, aun cuando proceda considerar que está obligado a pagar dicha compensación, no puede estimarse víctima de una infracción del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, toda vez que las habitaciones, una vez alquiladas a los clientes, no forman parte de su esfera privada”.²⁹⁴

Así pues, cabe comprobar que la ponderación por los tribunales de la aplicación de los derechos fundamentales constituye una técnica especialmente delicada en manos del juez. Dado que la legitimación más importante de los jueces es una legitimación de ejercicio, no hay duda de que un uso apropiado de la técnica de la ponderación constituye uno de los factores más importantes para conferir legitimidad a su actuación, a la interpretación judicial.

9.2 La indivisibilidad de los derechos humanos y la interpretación judicial: la dimensión social de los derechos civiles y políticos en los tribunales europeos

La interpretación por los jueces de los derechos fundamentales y de los derechos humanos está, ciertamente, vinculada a los textos constitucionales o convencionales que aplican. Sin embargo, puede considerarse que, a pesar de las restricciones o de los límites impuestos constitucional o convencionalmente, los jueces aplican todo el ordenamiento jurídico, sea interno sea internacional, se refiera a los derechos de primera o a los de segunda y tercera generación. A tal efecto debe recordarse el punto de vista de Pérez Luño conforme al cual: «Aludir a un sistema constitucional de los derechos fundamentales sugiere, de inmediato, la cuestión de la interdependencia o mutua implicación existente entre tales derechos; ya que la unidad de sentido no aparece como una cualidad de las singulares formulaciones normativas de cada uno de los derechos fundamentales, sino como una característica de todos ellos en cuanto conjunto»²⁹⁵.

294 TJCE, Sentencia de diciembre de 2006, San Rafael Hoteles, C-306/05 2006:764 apartado 51

295 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi y Garrigues Cátedra, Navarra, 2006, p. 179.

Asimismo, no se puede olvidar la especial naturaleza del control judicial de los derechos fundamentales en un sentido que ha sido descrito muy fielmente por Joseph Raz al comprobar: «los procesos judiciales que involucran derechos civiles y políticos fundamentales se enfrentan al tribunal con cuestiones que combinan en forma inextricable temas de derechos individuales y temas de política pública relacionados con el bien común. Cualquier noción de que el hecho de que se traten temas relacionados con los derechos individuales excluye a la política se basa en un profundo malentendido acerca de la naturaleza de los derechos en general y de los derechos civiles y políticos en particular. La responsabilidad con respecto a los derechos fundamentales coloca a los tribunales en el centro de la arena política, y convierte su compromiso político en esencial para su capacidad de cumplir sus funciones»²⁹⁶.

Un ejemplo especialmente paradigmático de la indivisibilidad de los derechos fundamentales lo representa la dimensión social de los derechos civiles y políticos reconocidos en el Convenio Europeo e interpretados y protegidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos sólo reconoce y protege derechos civiles y políticos bien determinados; sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una jurisprudencia expansiva en virtud de la cual se aprecia que determinados derechos tradicionales, como es el significativo caso del derecho a acceder a un juez o el derecho de propiedad, han terminado por incluir derechos ejercitables judicialmente en materia social; y lo mismo se puede decir, tal como hemos examinado más arriba, del tradicional derecho a la vida privada y familiar que se ha ampliado significativamente desde el punto de vista de la protección del medio ambiente.

En efecto, la dimensión social de los derechos civiles consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos quedó reflejada en la sentencia, de 9 de octubre de 1979, *Airey c. Irlanda*, en la

296 RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de M^a Luz Melon, Barcelona, 2001 [1994], p. 69.

que el Tribunal Europeo consideró que el derecho de acceder a un juez consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo era incompatible con un sistema judicial como el irlandés donde las costas de un proceso de separación matrimonial alcanzaban un nivel prácticamente prohibitivo para un ciudadano medio y, a pesar de todo, no estaba previsto el acceso a un sistema de justicia gratuito apropiado. A estos efectos, el Tribunal Europeo acogió la demanda de Johanna Airey ofreciendo el siguiente razonamiento:

“El Tribunal se da cuenta de que una mayor profundización en la realización de los derechos económicos y sociales depende en una amplia medida de la situación “en particular, financiera” que impere en cada Estado miembro. Por otra parte, el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones del momento actual (véase, la sentencia Marckx, antes citada, p. 19, § 41) y está diseñado con el fin de salvaguardar a los particulares de un modo real y efectivo en relación con aquellos ámbitos en los que resulta aplicable (véase el anterior apartado 24). Aun cuando el Convenio se refiere, esencialmente, a derechos civiles y políticos, muchos de éstos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por tanto, el Tribunal considera, del mismo modo que la Comisión Europea, que no puede descartarse una determinada interpretación por el simple hecho de que la interpretación del Convenio pueda afectar a la esfera de los derechos sociales y económicos dado que los derechos civiles y políticos no quedan separados de aquellos como si se tratase de compartimentos estancos”²⁹⁷.

También la interpretación del derecho de propiedad, reconocido en el artículo 1 del Protocolo n° 1, en relación con el artículo 14 del Convenio donde se reconoce el derecho a la igualdad, es reveladora de esta dimensión ‘solidaria’ en la sentencia, de 30 de

297 TEDH, sentencia de 9 de octubre de 1979, Airey c. Irlanda, recurso n° 6289/1973, § 26.2. Véase, también, TEDH (Gran Sala), sentencia de 8 de noviembre de 2016, Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría, recurso n° 18030/11, § 121.

septiembre de 2003, Koua Poirrez c. Francia. Esta sentencia tiene su origen en la reclamación de una prestación social por parte de un extranjero residente en Francia. Se trataba de un ciudadano de Costa de Marfil, que residía en la región de París, era minusválido desde los 7 años pero había sido adoptado por un ciudadano francés. Al recurrente se le había reconocido un grado de incapacidad del 80% pero se le había denegado tanto en vía administrativa como judicial la prestación destinada a adultos minusválidos por no tener la nacionalidad francesa ni ser originario de un país al que se le aplicase un convenio de reciprocidad. En cambio, el Tribunal Europeo amparó a Koua Poirrez a partir de esta interpretación:

“Por tanto, los argumentos presentados por el Gobierno francés no pueden ser aceptados por el Tribunal. **La diferencia de trato, en cuanto se refiere al beneficio de las prestaciones sociales, entre los nacionales franceses o de países que hayan firmado un convenio de reciprocidad y los demás extranjeros no se basa en ninguna ‘justificación objetiva y razonable’** (véase, a contrario, Moustaquim c. Bélgica, sentencia de 18 de febrero de 1999, serie A n° 193, p. 20, § 49). Incluso si bien, en el momento de los hechos, Francia no estaba vinculada por acuerdos de reciprocidad con Costa de Marfil, ha de tenerse en cuenta que al haber ratificado el Convenio se había comprometido a reconocer ‘a toda persona sometida a [su] jurisdicción’, de lo que no hay duda alguna que es el caso del recurrente, los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio (Gaygusuz, antes citado, p. 1143, § 51”²⁹⁸

No obstante, en un valioso y peculiar voto particular la juez Mularoni llega prácticamente a la misma conclusión pero utiliza otra argumentación que no basa en el derecho de propiedad sino en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo que protege el derecho a la vida privada y familiar. Las razones que aduce la juez europea son particularmente elocuentes: «tengo las más serias

298 (TEDH (Sección 2ª), sentencia de 30 de septiembre de 2003, Koua Poirrez c. Francia (recurso n° 40892/92), § 49).

dudas en cuanto a la posibilidad de llegar a reconocer la aplicabilidad del artículo 1 del Protocolo n° 1, y en consecuencia de la violación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo n° 1. No veo de qué manera, en este caso, la ayuda en favor de los adultos minusválidos, en la medida en que constituye una prestación social no contributiva, puede ser considerada como un 'bien' en el sentido del artículo 1 del Protocolo n° 1. Dicho esto, no considero, empero, que en este caso no haya habido también una violación del Convenio. A mi juicio, **este asunto se refiere sustancialmente al artículo 8 del Convenio; disposición que el Tribunal ha interpretado de manera evolutiva al tratarse de derechos relativos a la esfera privada y familiar de los seres humanos, es decir, la esfera más íntima, donde el Tribunal está obligado a asegurar que su dignidad y su vida privada y familiar sean protegidas por los Estados firmantes del Convenio. El Tribunal ha precisado que estos Estados deben respetar, en primer lugar, la vida privada y familiar de cualquier persona sometida a su jurisdicción; pero, igualmente, deben eliminar los obstáculos, las barreras que impiden el libre desarrollo de la personalidad y deben asumir la obligación positiva cada vez más amplia [...] Por tanto, Francia ha reconocido la existencia de una vida familiar entre el recurrente y su padre, de nacionalidad francesa, vida familiar protegida por el artículo 8 del Convenio».**

Asimismo, el derecho de propiedad ofrece perfiles insospechados en manos del Tribunal Europeo en relación con el derecho a ejercer una profesión. En la sentencia de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, ampara a dos ciudadanos lituanos que habían pertenecido al servicio secreto de seguridad soviético (KGB) y que con el régimen democrático y la independencia de su país habían perdido su empleo "de inspector de finanzas y de procurador" así como las perspectivas de encontrar otro en virtud de la aplicación de una ley lituana que restringía a los antiguos empleados del KGB el acceso no sólo a la función pública sino también a otros empleos privados. En sus razonamientos el Tribunal Europeo considera que

esta legislación depuradora, muy habitual en las transiciones democráticas de los antiguos países comunistas de Europa central y oriental, es legítima pero está sometida, no obstante, a los límites que impone el artículo 8 del Convenio Europeo.

Los razonamientos del Tribunal Europeo son muy claros:

“El Tribunal también ha dicho que la prohibición de acceder a la función pública en cuanto tal no puede ser atacada por un motivo de impugnación fundado en el Convenio (sentencias *Glaserapp c. Alemana* y *Kosiek c. Alemania* de 28 de agosto de 1986, respectivamente, serie A n° 104, § 49, y serie A n° 105, § 35). También ha reiterado este principio en la sentencia *Vogt c. Alemania* de 26 de septiembre de 1995 (serie A n° 323, §§ 43-44). Además, en el asunto *Thlimmenos c. Grecia* ([GC], n° 32369/97, § 41, CEDH 2000-IV) en el que el recurrente no había sido nombrado experto contable como consecuencia de una condena anterior, el Tribunal ha establecido que el Convenio no garantizaba el derecho de elegir una profesión particular.

No obstante, teniendo en cuenta, en particular, las nociones que están vigentes actualmente en los Estados democráticos, el Tribunal considera que **una prohibición general de ocupar un empleo en el sector privado afecta a la «vida privada»**. A estos efectos el Tribunal atribuye una importancia particular al texto del artículo 1§2 de la Carta social europea y a la interpretación que de la misma hace el Comité Europeo de los Derechos Sociales (véase, más arriba, el § 31), así como a los textos adoptados por la OIT (véase en anterior § 32). El Tribunal recuerda que **no existen compartimentos estancos que separen a los derechos económicos y sociales del ámbito de aplicación del Convenio** (*Airey c. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979, serie A n° 32, § 26)²⁹⁹.

299 TEDH, sentencia de 27 de julio de 2004, *Sidabras y Džiautas c. Lituania* (recursos n° 55480/2000 y 59330/2000), §§ 46 y 47)

De este modo, a juicio del Tribunal Europeo, si bien las limitaciones legales relativas a los empleos de los recurrentes en el ámbito público procuraban alcanzar fines legítimos como el de seguridad nacional y pública, la medida que impedía a los recurrentes buscar un empleo en las distintas ramas del sector privado previstas por la legislación lituana, era contraria al artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo.

En fin, una muestra particularmente significativa de la indivisibilidad de los derechos humanos pero también de la prudencia del 'legislador' es el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales y a su 'desarrollo progresivo', conforme al cual: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

9.3 Las limitaciones y la suspensión en el ejercicio de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en la interpretación por los jueces

En principio, los derechos fundamentales o los derechos humanos no son absolutos y están sujetos a límites o, si se quiere, a limitaciones, es decir, a constricciones, excepciones o privaciones, que deben estar convenientemente justificadas³⁰⁰. De hecho, este es el punto de partida de la técnica de la ponderación aplicable al interpretar los derechos fundamentales en la medida en que, por definición, todo derecho fundamental está limitado por los demás

300 Juan Andrés Muñoz Arnau, *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, ob. cit., p. 22.

derechos fundamentales y está sometido a unas exigencias bien precisas; en este sentido y, como señala Häberle, deben tenerse en cuenta 'las relaciones de recíproco condicionamiento entre los singulares bienes jurídico-constitucionales'.³⁰¹

Desde un punto de vista práctico se ha planteado que, en algunos casos, determinados derechos fundamentales son absolutos en la medida en que por su propia naturaleza no tienen límites. Así, por ejemplo, se ha subrayado que en el caso de las «libertades consistentes en meras inmunidades, como la libertad de conciencia o la inmunidad frente a la tortura [...] al no implicar ningún ejercicio sino sólo la expectativa negativa de su no lesión, no interfieren con otros derechos fundamentales en los que no encuentran ningún límite y respecto de los cuales representan, por el contrario, un límite»³⁰². También en relación con el Derecho constitucional español se han señalado como derechos ilimitados el derecho a no ser obligado a declarar sobre la ideología, religión o creencias propias (art. 16.2 de la Constitución), el derecho del detenido a no ser obligado a declarar (art. 17.3), el derecho del procesado a no declararse culpable (art. 24.2) o el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1) de modo que «estos derechos no necesitan de desarrollo legal; tampoco reclaman actuaciones positivas de los poderes públicos, sino un deber de abstención, por lo que puede afirmarse su carácter absoluto. No existe un resquicio para que el legislador o el juez puedan introducir limitaciones sin que al mismo tiempo no se viole la Constitución»³⁰³.

Sin embargo, lo habitual es que los derechos fundamentales sean objeto de regulación, de desarrollo y de excepciones. En estos

301 Häberle, peter. La garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales OB.cit.,P.14

302 Luigi Ferrajoli, . *Debate sobre el derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 85-86.

303 Juan Andrés Muñoz Arnau, *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, ob. cit., pp. 117-118.

supuestos, los límites deben cumplir una serie de requisitos que, por ejemplo, refiriéndose al Derecho español se han sistematizado en torno a los siguientes: la reserva de ley, la motivación de la limitación, la necesidad de la limitación, su proporcionalidad y el respeto del contenido esencial de cada derecho fundamental³⁰⁴. Nos referimos a continuación a algunas de estas limitaciones, tal como se han formulado en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales y supranacionales al ejercicio de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, para tratar, con más detalle y separadamente la aplicación del principio de proporcionalidad.

En efecto, toda regulación y todo desarrollo de un derecho fundamental y, en definitiva, el establecimiento de límites a los derechos fundamentales están sometidos a una serie de requisitos de carácter formal y sustantivo que resultan ya tradicionales: por una parte y desde un punto de vista formal, se exige que los límites se establezcan mediante una ley, que en algunos ordenamientos se deja en manos del legislador parlamentario; y, por otra parte, más vinculada al aspecto sustantivo de los derechos fundamentales, se exige que toda limitación respete el contenido esencial de cada derecho fundamental. En fin, nos referiremos brevemente a las exigencias a las que está sometida la eventual suspensión de los derechos fundamentales.

9.3.1 *La limitación de los derechos fundamentales 'prevista por la ley' y 'reservada a la ley'*

Tanto en los convenios internacionales como en las Constituciones nacionales, se exige como garantía para fijar cualquier limitación al ejercicio de los derechos fundamentales que se haga mediante una ley. Así, por ejemplo, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de 1948 dispone: «En el ejercicio de sus

304 Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, OB.cit, Valencia, 2006, pp. 52-53.

derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará **solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley** con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

En sintonía con esta previsión, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y respecto de prácticamente todos los derechos consagrados, prevé el establecimiento mediante ley de limitaciones. Así, por ejemplo y respecto de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el artículo 9.2 del Convenio Europeo establece: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, **previstas por la ley**, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

La interpretación que de esta exigencia de toda limitación a un derecho fundamental hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta muy flexible sin que requiera el amparo de una norma con rango de ley. Así, por ejemplo, en la sentencia de 20 de diciembre de 2005, *Wisse c. Francia* (recurso nº 71611/2001) el Tribunal Europeo recuerda: «las palabras ‘prevista por la ley’ en el sentido del artículo 8.2 del Convenio Europeo pretenden, en primer lugar, que la medida incriminada tenga una base de Derecho interno; para juzgar la existencia de tal ‘base legal’ es preciso tener en cuenta no sólo los textos legislativos pertinentes sino también la jurisprudencia (véanse, por ejemplo, las sentencias *Kruslin c. Francia* y *Huvig c. Francia*, de 24 de abril de 1990 (serie A nº 176-A et 176-B) [...] Por tanto, el Tribunal Europeo considera que en el ámbito de la grabación de las conversaciones habidas en los locutorios de las prisiones, el Derecho francés no señala con suficiente claridad la posibilidad de injerencia de las autoridades en la vida privada de los detenidos, ni tampoco la extensión ni

las modalidades de ejercicio de su poder de apreciación en este ámbito. Por lo que el Tribunal concluye que los recurrentes no han gozado de un grado mínimo de protección querido por la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática y que ha habido violación del artículo 8 del Convenio sin que sea preciso enjuiciar las otras condiciones impuestas por el artículo 8, es decir, que la injerencia deba perseguir un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática» (§§ 32 y 34).

Asimismo, en las Constituciones nacionales suele reservarse la regulación de los derechos fundamentales y, en consecuencia, la imposición de límites por el legislador, a normas con rango de ley. Incluso en algunos casos la ley debe obtener un apoyo particularmente cualificado como es el caso de las 'leyes orgánicas' en España que son los instrumentos de desarrollo de determinados derechos fundamentales. En efecto, el artículo 53.1 de la Constitución española dispone: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. **Sólo por ley**, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1 a)». De manera más precisa y en cuanto 'al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas', el artículo 81.1 de la Constitución española exige que se lleve a cabo mediante ley orgánica.

9.3.2 *El respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales*

Al regular en el artículo 19 de la Constitución alemana los supuestos en que cabe imponer limitaciones a los derechos fundamentales se señala en el primer apartado «Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión

indicando el artículo correspondiente»; y, a continuación, en el apartado 2 del mismo artículo 19, se establece esta exigencia: **«En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental»**. En el mismo sentido en España la Constitución de 1978 impone en el ya citado artículo 53.1 al legislador en el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales 'el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales'. Como se ha estudiado detenidamente se trata de una disposición constitucional declarativa pero al mismo tiempo constituye una 'garantía institucional' de modo que los derechos fundamentales quedan garantizados de un modo que asegura su esencia³⁰⁵.

Desde bien pronto el Tribunal Constitucional español se refirió a los límites que imponía la consagración constitucional de los derechos fundamentales desde el punto de vista del 'contenido esencial' y a tal efecto explicó pedagógicamente los dos métodos para determinar el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: conforme al primero «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por así decirlo [por referencia] al momento histórico, de que en cada caso se trata, y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas»; y conforme al segundo, atiende a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo de los derechos subjetivos de modo que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (STC 11/81, FJ 8)³⁰⁶.

305 Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 222.

306 Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, OB.cit, Valencia, 2006, pp. 52-53.

Ahora bien, el 'contenido esencial' de cada derecho fundamental es el consagrado en la Constitución o es lo mismo que decir que el contenido esencial queda configurado en los términos que resulta de la acción de su intérprete supremo, por lo general el Tribunal Constitucional.

9.3.3 *La suspensión de la eficacia de los derechos fundamentales: supuestos especiales*

En los textos constitucionales y convencionales que consagran los derechos fundamentales y los derechos humanos se hace referencia expresa a la suspensión de su aplicación.

Los convenios internacionales sobre derechos humanos contienen habitualmente cláusulas de suspensión del ejercicio de tales derechos. Así, por ejemplo, el artículo 4 del Pacto de derechos civiles y políticos que sigue una técnica muy similar a la del artículo 15.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos conforme al cual: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional». Pero a continuación y en el mismo artículo 15 se establecen límites, por ejemplo relativos al derecho a la vida, a esta facultad de suspensión que por definición debe ser temporal.

Sin embargo, el artículo 4 del Pacto de derechos civiles y políticos se refiere con carácter general a «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente», en cuyo caso «los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las

demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social». Asimismo, de acuerdo con el artículo 4.2 no cabe suspensión alguna de los arts. 6, 7 y 8 (párr. 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 del Pacto de derechos civiles y políticos.

En el caso del Tribunal Europeo se ha subrayado por parte de Remotti Carbonell: «el derecho de derogación es configurado por el Tribunal Europeo como un instrumento de carácter supletorio, pues sólo resulta aplicable ante la insuficiencia de los medios ordinarios de control; como una medida discrecional pero limitada puesto que a través de él sólo se pueden suspender aquellos derechos autorizados por el Convenio y no puede ser utilizada para suspender otras garantías contempladas en el derecho internacional o establecidas por el derecho interno».

Para el Tribunal Europeo las medidas adoptadas en virtud del derecho de derogación han de ser las estrictamente necesarias para solucionar la situación de crisis que las origina y no pueden ser adoptadas indiscriminadamente, sino frente aquellas personas contra las cuales existan elementos racionales para sospechar su relación con tales actos. Además, su ejercicio debe estar sometido al control tanto de los órganos jurisdiccionales internos como del Tribunal Europeo, siendo las autoridades superiores responsables de las actividades ilícitas de sus subordinados³⁰⁷.

En la Constitución española de 1978 se prevén en el artículo 55 los casos de suspensión de algunos de los derechos fundamentales en estos términos: «Los derechos reconocidos en los arts. 17, 18, apartados 2 y 3, arts. 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, arts. 21, 28, apartado 2, y art. 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se trata del derecho a la libertad

307 Yolanda Gómez Sánchez, *Los derechos en Europa*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997, p. 267.

y a la seguridad, de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, del derecho de libre circulación en el territorio español y a entrar o salir de España, de la libertad de expresión, del derecho de reunión, del derecho a la huelga y del cierre patronal.

Asimismo, se prevé una regulación específica de estos supuestos y, en particular, de la suspensión de algunos de los derechos señalados «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

Aunque en el mismo artículo 55.2.2 de la Constitución se advierte: «La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes».

Nótese que en cada Constitución y en cada tratado internacional sobre derechos humanos se establecen límites específicos para determinados derechos que hacen referencia a «restricciones que [...] constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás», por emplear una expresión reiterada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Adopción de limitaciones que son el objeto de acerbas discusiones en toda sociedad democrática, como revela por ejemplo la experiencia reciente en el Reino Unido respecto de la legislación antiterrorista y la aplicación a la misma, a través de la *Human Rights Act*, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo que, en definitiva, nos conduce al examen del principio de proporcionalidad.

9.4 La proporcionalidad en la aplicación judicial de los límites al ejercicio de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en una sociedad democrática

Las limitaciones a las que se puede someter el ejercicio de los derechos fundamentales deben respetar, en todo caso, las exigencias

del principio de proporcionalidad. De modo que, como explicaría Häberle, «la cuestión de la proporcionalidad surge sólo cuando una ponderación de bienes ya ha tenido lugar»³⁰⁸.

La proporcionalidad es un concepto cercano al de razonabilidad y que por la «indeterminación de las técnicas, instrumentos y conceptos empleados» por la justicia constitucional es objeto de importantes críticas³⁰⁹. Ahora bien, con la aplicación del principio de proporcionalidad se pretende «que la consecución de los intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que se busque un punto de equilibrio entre ambos [...] a veces se distingue entre proporcionalidad y razonabilidad: esta última exigiría simplemente que los actos de los poderes públicos se ajusten a los cánones de sentido común generalmente admitidos, no que dichos actos sean gravosos para el particular en el menor grado posible. Así, la razonabilidad representaría un test menos exigente –arraigado en algunos ordenamientos, como el inglés–, ya que no requiere la minimización de la intervención, sino sólo que ésta no sea absurda»³¹⁰.

Por tanto, podría considerarse que bajo la denominación de la proporcionalidad convergen dos corrientes, una anglosajona de la razonabilidad y otra germánica de la misma proporcionalidad, que han nutrido de manera fructífera la jurisprudencia de los Tribunales europeos, en especial, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, la proporcionalidad significa, por utilizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «debe existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido por cualquier medida de restricción del derecho fundamental en cuestión» o,

308 Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 67.

309 Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 69

310 L.M^a Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 110.

como también claramente había señalado Häberle, «el principio de proporcionalidad significa que, para una limitación especialmente intensiva de la libertad, debe existir una necesidad ‘apremiante’»³¹¹.

9.4.1 *La proporcionalidad de las limitaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia de los Tribunales europeos*

Muy frecuentemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe recurrir en su interpretación a la justificación de una determinada restricción o limitación de un derecho fundamental y para ello debe echar mano del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en su sentencia, Scordino c. Italia, el Tribunal de Estrasburgo debe determinar si es conforme con el Convenio Europeo una intervención del legislador italiano sobre un procedimiento de expropiación que ya se había iniciado con anterioridad a la adopción de la ley italiana para lo que hace referencia al ‘justo equilibrio’ y a la ‘relación razonable’ entre los medios de intervención estatal, es decir, las limitaciones de un derecho fundamental como es aquí el derecho de propiedad, y los fines perseguidos por tal limitación³¹².

Del mismo modo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido y aplicado el principio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad o la legalidad de una medida comunitaria europea. A tal efecto, el Tribunal de la Unión Europea suele recordar: **«según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si una disposición de Derecho comunitario se ajusta al principio de proporcionalidad, es necesario comprobar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo perseguido y si no exceden de lo que es necesario para lograrlo»**³¹³.

311 Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 69.

312 TEDH, sentencia de 29 de marzo de 2006, Scordino c. Italia (Gran Sala, recurso nº 36813/1997).

313 TJCE, sentencia, de 9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricultura Italia (C-236/01, Rec. p. I-8105, apartado 134).

En ocasiones, como ha recordado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Abogado General Ruiz-Jarabo, el principio de proporcionalidad y el test de razonabilidad deben superponerse³¹⁴.

A tal efecto y como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 1 de febrero de 2007, *Sisión / Consejo* (C-266/05 P), referida a la inclusión de un particular en una lista elaborada por el Consejo de la Unión Europea para luchar contra el terrorismo, negándose la institución comunitaria a revelar las fuentes de información utilizadas para confeccionar tales listas: «Por lo que se refiere al control judicial del respeto del principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe reconocerse al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en ámbitos en los que deba tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas. El Tribunal ha deducido de ello que **sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en estos ámbitos, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida** (véase, en particular, la sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04, Rec. p. I-403, apartado 80, y la jurisprudencia que allí se cita)» (apartado 33).

9.4.2 *La proporcionalidad en las limitaciones a los derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional español*

El Tribunal Constitucional español aplica frecuentemente el test de la proporcionalidad explicando las operaciones de que se compone: 1) la idoneidad para alcanzar el propósito perseguido; 2) su necesidad, en el sentido de que no puedan utilizarse medios menos gravosos o restrictivos para conseguir el logro propuesto; y 3) la proporcionalidad en sentido estricto que obliga a considerar

314 TJCE, Conclusiones de D. Ruiz-Jarabo, de 1 de junio de 1999, *Emesa Sugar* (C-17/98, Rec. p. I-665, apartados 82 a 84).

jurídicamente si la medida objeto de control no resulta excesiva para procurar el fin perseguido.

No obstante, el Tribunal Constitucional español ha llevado muy lejos y por eso ha sido especialmente criticado hasta el punto de tachar de inconstitucional la tipificación de determinados delitos del Código penal y, en particular, en cuanto se refiere a las penas previstas³¹⁵.

En este caso se había dividido plenamente el Tribunal Constitucional dado que se formuló un voto concurrente de Viver Pi-Sunyer, que también suscribieron otros tres magistrados; y tres votos disidentes de los tres magistrados Mendizábal Allende, Jiménez de Parga y Conde Martín de Hijas; de modo que, en realidad, sólo cinco de los 12 magistrados compartieron plenamente el tenor de la sentencia por la que se concedía el amparo a un partido político por vulneración por el tribunal sentenciador del derecho a la legalidad penal.

En este caso se había condenado a los 23 demandantes de amparo, todos ellos miembros de la Mesa Nacional de la asociación política Herri Batasuna como autores de un delito de colaboración con banda armada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; sanción prevista en el Código penal español de 1973 que, sin embargo, no pudo pasar el examen de la proporcionalidad de un Tribunal Constitucional dividido.

315 TC (Pleno), sentencia nº 136/1999, de 20 de julio, ponente: Viver Pi-Sunyer, FJ 23.

CAPÍTULO 10. El recurso de amparo y sus orígenes históricos en México

Ellys G. Coronado Pérez

El juicio de amparo ha sido considerado una institución de origen mexicano pero que se inspira claramente en la experiencia constitucional de los Estados Unidos y el Derecho histórico español. En México el amparo tiene como función principal controlar la constitucionalidad, en cuanto a que la Constitución como una norma básica debe conservar su supremacía lo que se logra a través del juicio de amparo que se ejerce por medio de un órgano judicial con respecto al gobernado o sea, al individuo que solicita de manera forma una protección contra la aplicación de la ley o acto que son contrarios a la Constitución.

El juicio de amparo mexicano ha influido en otros Derechos nacionales e internacionales inspirando la adopción de procedimientos con características comunes: se destina a la tutela de los derechos humanos consagrados en los ordenamientos constitucionales y, en algunos casos, en los internacionales, a través de un procedimiento sencillo y breve, permitiendo la adopción de medidas cautelares y culminando con una sentencia por la que se restituye al afectado en el goce y ejercicio de sus derechos infringidos por

cualquier autoridad o, en algunos supuestos, también por particulares en situación de predominio.

10.1 Los antecedentes históricos del amparo en México y su influencia en otros Derechos

El primer intento de consagrar un procedimiento de protección de los derechos fundamentales en México se recoge en el Proyecto de Constitución de Yucatán, elaborado en 1840. Este Proyecto, después de numerosos avatares constitucionales, inspiró la creación del amparo en las Constituciones de México de 1857 y 1917 que lo habilitaban contra cualquier violación a cualquier precepto constitucional que se tradujera en un agravio personal.

El inspirador del amparo mexicano fue Manuel Crescencio Rejón que propuso en 1840 utilizar por primera vez el término ‘amparo’ y pretendía reconocer a la Corte Suprema del Estado de Yucatán, «la facultad de amparar a las personas en el goce de sus derechos violados por leyes o actos de la autoridad». En la Propuesta de Constitución Yucateca se consagraba diversas garantías individuales en materia de libertad religiosa, la reglamentación de los derechos y prerrogativas que debe tener un detenido, así como la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, ejercido por el Poder Judicial con la ventaja de que ese control se hacía extensivo a todo acto inconstitucional.

La Constitución mexicana de 1857, calificada como «republicana, federalista, democrática y de clara inspiración liberal», reconoció los derechos del hombre e incorporó el ‘juicio de amparo’. En esta Constitución se consideró importante plasmar la necesidad de un juicio de amparo en los términos que se deducen del artículo 101

La Constitución mexicana de 1857, calificada como «republicana, federalista, democrática y de clara inspiración liberal», reconoció los derechos del hombre e incorporó el ‘juicio de amparo’. En

esta se considero importante plasmar la necesidad de un juicio de amparo, según dice el artículo 101¹ conforme al cual:

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite. I.- Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. III.- Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal”.

Pero, sin duda, ha sido la Constitución de 1917, muy avanzada y radical para su época, la que amplió de forma notable el alcance del recurso de amparo y configuró el juicio de amparo tal como lo conocemos hoy. Después de reproducir en el artículo 103 la misma previsión de la Constitución de 1857, un amplísimo artículo 107 de la Constitución de 1917 indica que todas estas controversias se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes: «I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada; II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare [...] XIV.

Salvo lo dispuesto en el párrafo final de la fracción II de este artículo, se decretará el sobreseimiento del amparo o la caducidad de la instancia por inactividad del quejoso o del recurrente, respectivamente, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, en los casos y términos que señale la ley reglamentaria. La caducidad de la instancia dejará firme la sentencia recurrida; XV. El Procurador General de la República o el agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios cuando el caso de que se trate carezca, a su juicio, de interés público; XVI. Si concedido el amparo la autoridad responsable

insiste en la repetición del acto reclamado o tratarse de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de Distrito que corresponda ...».

El recurso de amparo mexicano ha tenido influencia en Europa, en Latinoamérica y en la protección internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, la influencia mexicana se puede apreciar en España donde se introdujo en virtud del artículo 121.b) de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, debido a las enseñanzas del constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa. La influencia es patente en la Ley del Tribunal de Garantías constitucionales de 1933 y en el Reglamento de dicho Tribunal, en los diversos supuestos de procedencia y legitimación, y en la tramitación de un incidente de suspensión similar al mexicano ³¹⁶

Asimismo, la influencia mexicana es visible en la Constitución española de 1978; sin embargo, se aprecian diferencias en cuanto a los derechos tutelables, en tanto la institución mexicana comprende la protección de todo el ordenamiento nacional (cuestiones constitucionales y de legalidad), mientras que el amparo español se reduce exclusivamente a determinados derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución; y también respecto de la impugnación de las normas generales tutelables a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad; además de existir el recurso de casación para impugnar en última instancia las resoluciones de los tribunales ordinarios ante el Tribunal Supremo. Asimismo, se aprecia una cierta

316 Sobre las influencias recíprocas entre el recurso mexicano y el recurso de amparo español, véase el estudio de Héctor Fix- Zamudio, "Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España", en su obra Ensayos sobre el derecho de amparo, 3ª ed., Porrúa, UNAM, México, 2003, pp. 1023-1092; aparecido con anterioridad en la democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, vol.II, pp. 1557-1613. [http://www.pd-humanos.org/libreria/libro1/Cap %2016.PDF](http://www.pd-humanos.org/libreria/libro1/Cap%2016.PDF).

similitud del amparo mexicano con el recurso federal constitucional alemán (*Verfassungsbeschwerde*), a pesar, obviamente, de las diferencias económicas, sociales y culturales de ambos países, y de haber surgido en épocas distintas y por causas diferentes³¹⁷. En efecto, mientras que el juicio de amparo mexicano surge por la influencia estadounidense, la queja constitucional alemana se inspira en la Constitución austriaca de 1920 y los importantes precedentes de instituciones similares en el Imperio Austrohúngaro (1867) y de los mecanismos locales del Estado de Baviera de 1919 y de 1946. Entre los principales aspectos que separan a ambos institutos, se encuentra la procedencia en materia electoral y los efectos de sus sentencias, ya que la queja constitucional alemana procede en dicha materia y pueden sus fallos tener el carácter *erga omnes* respecto de la inconstitucionalidad de normas legislativas; en tanto que la institución mexicana resulta improcedente en materia electoral y en todos los supuestos produce efectos en el caso particular. En cambio, las similitudes más notables se dirigen a los derechos tutelables, en la necesidad de agotar las instancias y recursos ordinarios previos, con algunas excepciones en ambos países, y en las medidas precautorias o cautelares, conocidas en México como la suspensión del acto reclamado, en ambos casos para evitar perjuicios graves y con el objeto de impedir la consumación de la afectación de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, el Derecho mexicano ha influido decisivamente en la adopción y en la configuración de la protección de los derechos constitucionales en Latinoamérica de tal modo que el juicio de amparo mexicano ha servido de base para la configuración paulatina de las características generales del amparo constitucional iberoamericano. Así, en Argentina ha influido en el desarrollo de los instrumentos clásicos de protección jurídica de

317 Para una aproximación a este instrumento, véase el estudio de Peter Häberle, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", trad. de Carlos Ruiz Miguel, en D García Belaúnde y F. Fernández Segado (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, pp. 227-282, <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-amparo.htm>.

los derechos de la persona humana, como son el hábeas corpus y el derecho de amparo que fueron introducidos en la reforma constitucional de 1994, y que previamente sólo se regulaban en leyes provinciales y ordinarias en el ámbito nacional. Asimismo, en Colombia la tutela jurídica, introducida en la Constitución de 1991, presenta, en esencia, características comunes al amparo mexicano, tanto por su alcance protector y por el avance significativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, como por su semántica jurídica, ya que los vocablos “amparo” y “tutela” resultan equivalentes y se utilizan como sinónimos.

Por último, puede apreciarse la influencia de los principios del juicio de amparo mexicano en el Derecho internacional de los derechos humanos; así se observa en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, conforme al cual «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley»; y también en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, cuyo tenor es este: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». En fin, también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 ha reconocido en su artículo 45 el derecho a un recurso efectivo y a un tribunal imparcial a favor de toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados. Si bien no se utiliza la expresión “ampare” como textualmente aparece en los otros textos, la idea es la misma y por tal motivo puede considerarse la existencia de un genuino amparo transnacional, que complementa el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito interno.

10.2 Los derechos tutelados en amparo y los procedimientos judiciales en México

El principio fundamental del juicio de amparo mexicano se funda en la protección de la persona humana tal como ha sido establecida en el artículo 107 de la Constitución de 1917. No obstante, el juicio de amparo abarca cinco procesos distintos que en otros países se consideran autónomamente: la protección de la libertad e integridad personal por medio del hábeas corpus; la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; el amparo contra resoluciones judiciales o 'Amparo Casación'; el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal o local; y el amparo en materia social agraria.

Los procedimientos de amparo aplicables están relacionados de manera directa con la tutela de los derechos humanos pero también con las resoluciones judiciales (amparo judicial o casación), y el control de la legalidad de los actos y resolución administrativa activa, o de las resoluciones de los tribunales administrativos federales.

El juicio de amparo es un instrumento jurídico que tiene por finalidad *"hacer respetar los imperativos constitucionales en beneficio de aquellos"*, esto es, sus garantías individuales.

Las fuentes legislativas actuales del juicio de amparo mexicano están formadas por los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, la Ley de Amparo de 30 de diciembre de 1935; la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de la misma fecha, y el Código Federal de Procedimientos Civiles de 31 de diciembre de 1942, que es de aplicación supletoria respecto del segundo ordenamiento.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley mexicana de amparo el objeto del juicio de amparo es resolver toda controversia que se suscite, por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; por leyes o actos de la autoridad que vulneren o

restringan la soberanía de los Estados; y, por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Existen dos tipos de juicio de amparo, el llamado indirecto y el directo. El amparo indirecto se tramita ante un juez de distrito mediante la presentación de una demanda de amparo y se ocupa de actos de autoridad que no son impugnables mediante otro recurso previsto en ley o actos de autoridad que implican violaciones directas de la Constitución Federal. En cambio, en el juicio de amparo directo se revisa la legalidad y/o constitucionalidad de una sentencia dictada por un tribunal; es decir, una vez agotados los recursos ordinarios para la revisión de una sentencia que resuelve en lo principal el juicio, el particular podrá impugnar la sentencia dictada por el tribunal ante un tribunal colegiado de circuito. A diferencia del juicio de amparo indirecto, el amparo directo se inicia mediante la interposición de una demanda ante el tribunal que dictó la sentencia que se pretende impugnar.

10.2.1 *El procedimiento en el juicio de amparo indirecto*

El juicio de amparo indirecto debe presentarse ante la Oficina de Correspondencia Común a los Juzgados de Distrito, siempre que en la población respectiva exista más de un juez; enviándose al órgano jurisdiccional que legalmente corresponda por razón de turno a través de la diversa Oficialía de Partes que se encuentra en cada juzgado, donde la persona encargada de la misma registra la solicitud de amparo en el libro correspondiente.

En el procedimiento de juicio de amparo indirecto son admisibles, tal como establece el artículo 150 de la Ley de amparo, toda clase de pruebas, excepto la de posiciones y las que fueren contra la moral o contra Derecho, éstas deberán ofrecerse y rendirse en la audiencia del juicio, excepto la documental, que podrá presentarse con anterioridad.

El juicio de amparo indirecto culmina, como todo proceso con una resolución, en la que el juzgador define los derechos y las obligaciones de las partes contendientes. Las sentencias en el juicio de amparo sólo se ocupan de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, en los términos que señala el artículo 76 de la Ley de Amparo.

El artículo 77 de la Ley de Amparo fija los requisitos de las sentencias:

- La fijación clara y precisa del acto o actos reclamados, y la apreciación de las pruebas conducentes para tenerlos o no por demostrados.
- Los fundamentos legales en que se apoyen para sobreseer en el juicio, o bien para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.
- Los puntos resolutivos con que deban terminar, concretándose en ellos, con claridad y precisión, el acto o actos por los que sobreseer, conceda o niegue el amparo.

El cumplimiento a la sentencia de amparo debe realizarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación a las autoridades responsables, en caso de no ser así, de oficio le requerirá nuevamente el cumplimiento de que se trata a la autoridad responsable, así como a su superior jerárquico para que obligue a aquélla a cumplir. Si a pesar de los requerimientos que se hagan para lograr el cumplimiento de la ejecutoria, ello no ocurre, el juzgador lo determinará así y previo el pronunciamiento, se remitirá el expediente original a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para los efectos del artículo 107, fracción XVI de la Constitución federal.

Los recursos del juicio de amparo son utilizados como medios de defensa previstos por la ley para impugnar los actos llevados a cabo en este procedimiento, mediante los cuales se pueden

modificar, revocar o confirmar los mismos. En este proceso únicamente se admitirán los recursos de revisión, queja y reclamación según lo establece el artículo 82 de la Ley de Amparo.

Si se declara fundado en el recurso de queja hecho valer, nuevamente se requerirá a la autoridad responsable el cumplimiento a la sentencia ejecutoria, con la indicación de que deberá ceñirse a los lineamientos establecidos en la sentencia que concede el amparo.

10.2.2 Juicio de amparo directo o uniinstancial

La tramitación de la demanda de amparo directo en los Tribunales Colegiados está a cargo de quien representa a cada Tribunal, o sea al Magistrado Presidente, que se elige cada año y que es quien dicta los trámites que procedan en los asuntos de la competencia del Tribunal, hasta ponerlos en estado de resolución.

Al realizarse la tramitación del juicio de amparo directo, las pruebas que se rindan en el mismo, sólo pueden consistir en las constancias del expediente formado por la autoridad responsable de las que aparezca el acto reclamado, de las cuales el quejoso ha de pedir copia para presentarla con su demanda de amparo; pero no pueden admitirse pruebas con calidad de supervenientes, porque éstas implican necesariamente variación de las situaciones jurídicas planteadas ante la autoridad responsable, pues las sentencias que se dicten en los juicios de amparo de conformidad con el artículo 78 de la Ley de Amparo, han de tomar en consideración el acto reclamado tal como fue del conocimiento de la autoridad responsable.

Las sentencias del juicio de amparo directo le ponen fin al juicio constitutivo del acto o de los actos reclamados; y si se reclamaren violaciones a las leyes del procedimiento, se precisará cuál es la parte de éste en la que se cometió la violación y el motivo por el cual se dejó sin defensa al agraviado. Cuando se impugne la sentencia definitiva, que hubiere puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la Ley, el tratado o el reglamento aplicado, ello

será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la Ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia.

En el supuesto de que en una sentencia se conceda el amparo, sus efectos pueden clasificarse del modo siguiente:

1. Violaciones procesales. Cuando en el proceso en que se dictó el fallo definitivo reclamado se hayan cometido violaciones durante su secuela, la ejecutoria de amparo, que las haya declarado, tiene el alcance de dejar insubsistente dicho fallo, obligando al tribunal responsable a reponer tal procedimiento para reparar las infracciones que en él se hayan cometido. Esta hipótesis acaece en lo que concierne a las diversas contravenciones que se cometen durante la secuela procesal y a las que aluden los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo.
2. Falta de estudio de pruebas. Si la sentencia que concede el amparo determina que la autoridad responsable omitió estudiar alguna prueba aportada por el quejoso, el efecto del amparo será que la autoridad responsable dicte nueva sentencia en la que examinará la prueba omitida, con plena jurisdicción.
3. Valoración ilegal de pruebas. Si la sentencia de amparo determina que la sentencia de la autoridad responsable realizó una valoración inadecuada de alguna de las probanzas aportadas por el quejoso, la autoridad responsable deberá realizar la apreciación de la prueba conforme a los lineamientos que se desprendan de la ejecutoria de amparo.
4. Omisión de estudiar todos los agravios en apelación y de resolver todas las cuestiones que forman la litis. Si el tribunal *ad quem* dejó de ponderar todos los agravios expresados

en apelación por el apelante-quejoso, el efecto del amparo que se le conceda consiste en dejar insubsistente el fallo reclamado y en que se pronuncie uno nuevo en el que se estudien todos y cada uno de tales agravios. El mismo efecto se registra cuando en la sentencia definitiva reclamada no se hayan resuelto todos los puntos contenciosos que hayan formado la litis en el juicio o proceso en el que tal sentencia se hubiese pronunciado, estribando el alcance del amparo que se otorgue en que se examinen y decidan todos los puntos o cuestiones mencionadas.

5. Aplicación indebida de preceptos de fondo: si la sentencia definitiva de la autoridad responsable se juzgó violatoria de disposiciones legales de fondo, se concederá el amparo y la autoridad responsable deberá dictar nueva sentencia en la que se ceñirá a la aplicación exacta de las leyes de fondo que le marquen los considerandos del fallo por el que se concedió el amparo.
6. Abstención de estudiar conceptos de violación inconducentes: fuera de las hipótesis en que opera la suplencia de la queja, en la demanda de amparo directo deben impugnarse los considerandos en que descansa la sentencia definitiva reclamada, so pena de que, por la omisión contraria, se niegue la protección federal. Si no existe dicha impugnación, el tribunal de amparo debe abstenerse de estudiar los conceptos de violación inconducentes que no ataquen las argumentaciones esgrimidas en el fallo reclamado.

CAPÍTULO 11.

La protección judicial de los derechos fundamentales en Costa Rica

Ellys G. Coronado Pérez

El derecho de amparo en Costa Rica ha estado influido por la experiencia mexicana del siglo XIX y por la Constitución de 1917. Se trata de un proceso básicamente informal que busca la protección de los derechos y garantías contenidas en las reglas y principios de la Constitución de 1949 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que es parte Costa Rica.

Por tanto, conviene examinar la regulación constitucional; a continuación, explicaremos los derechos susceptibles de amparo y, finalmente, haremos mención de algunos aspectos procedimentales.

11.1 La regulación constitucional del amparo en Costa Rica

El amparo se introduce en la Constitución costarricense, de 7 de noviembre de 1949, Costa Rica. El artículo 48 de la Constitución vigente, tal como fue reformado por la ley 7128 del 18 de agosto del 1989, dispone:

"Toda persona tiene derecho al recurso de Habeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personal, y al

recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la Republica. Ambos recursos serán de competencia de las salas indicadas en el artículo 10”.

Con la reforma de 1989 en virtud de la cual se crea la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, la previsión constitucional cambió radicalmente desde la original redacción en 1949, que es la verdadera fecha del nacimiento del amparo en Costa Rica. En ese sentido y a juicio de Sáenz Carbonell, antes de la creación de la Sala Constitucional, en 1989, la supremacía de las normas constitucionales reconocedoras de derechos y garantías fundamentales no pasaba de ser un objetivo con limitadas posibilidades de ser efectivo en la realidad.

De modo que en su evolución ha mantenido la similitud con el original amparo mexicano de 1857. Específicamente tres momentos marcan los principales puntos de evolución del amparo: en primer lugar, el establecimiento del *habeas corpus*, mediante la Ley de 1932 lo que supone la introducción de la idea de garantía instrumental; a continuación, la consagración costarricense del amparo se recoge en su Constitución de de 1949 que es completada mediante la correspondiente reglamentación legislativa, adoptada en 1950. En fin, con la promulgación conjunta en 1989 de las reformas a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución y de la Ley de la jurisdicción constitucional y, especialmente, a partir de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional costarricense.

Según la normativa, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta,

derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

De acuerdo a la ley que instituye la figura de la acción de amparo, la misma no será admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;
- b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley núm. 16970;

- c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;
- d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;
- e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

11.2 Los derechos susceptibles de amparo en Costa Rica

El recurso de amparo en Costa Rica garantiza derechos y libertades fundamentales consagrados en la constitución o en instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes.

Sin embargo este sistema se distingue del Recurso de *habeas corpus*, pues el primero procede para garantizar la libertad e integridad personal y la restricción ilegítima a la libertad e integridad personal y las restricciones ilegítimas a la libertad de tránsito y el segundo todos aquellos otros que no se protegen por el recurso de hábeas corpus.

11.3 El procedimiento judicial de amparo costarricense

La ley de la Jurisdicción Constitucional marcada con el No. 7135, que data de fecha once (11) de octubre de 1989, articula el procedimiento del recurso de amparo en Costa Rica. Esta ley contiene en su Título III, denominado Del recurso de amparo, todas las disposiciones relativas al mismo. Dicho título se encuentra dividido a su vez en cuatro capítulos abordando los temas siguientes: Del amparo contra órganos o servidores públicos, Del amparo contra sujetos de derecho privado, Del derecho de rectificación o respuesta y De las sanciones, respectivamente.

De acuerdo a lo reglamentado por el capítulo uno y capítulo dos de este título, se desprende que en el ordenamiento costarricense existe un amparo contra los órganos o servidores públicos y a su vez un amparo contra sujetos de derecho privado, existiendo ciertas diferencias en cuanto al tratamiento y a la interposición de ambos recursos, como veremos más adelante. Algunas de las disposiciones contenidas en el capítulo primero son generales del recurso de amparo, por lo tanto son aplicables tanto para el recurso de amparo previsto en contra de los servidores públicos, así como en contra de los sujetos de derecho privado.

Los requisitos para la interposición del recurso de amparo están consagrados en el artículo 38 de la citada ley. De la lectura de dicho artículo, se desprende que dicha acción debe expresar de manera clara y precisa el hecho o la omisión objeto del recurso, así como el derecho que ha sido o pretende ser vulnerado, además del nombre del servidor público o del órgano que ha o podrá causar el agravio en el caso del amparo en contra de éstos. Igualmente debe aportar las pruebas en las que basa su fundamentación. Sin embargo, si el derecho lesionado está claramente definido, no será requisito indispensable citar la norma constitucional que se ha infringido, siempre que no invoque un instrumento internacional.

Para la interposición del recurso no es necesario la autenticación, por lo que ésta puede ser realizada por telegrama, memorial u otro medio de comunicación por escrito. Dada esta características, podríamos decir que el amparo costarricense no se encuentra investido de mayores formalidades, sino por el contrario, pudiéramos decir que se caracteriza por su informalidad al menos en el aspecto relativo a la interposición del mismo.

Otra característica que pudiéramos atribuir a la informalidad de esta figura es que en comparación con otras legislaciones en el caso de Costa Rica no es necesario la precisión de la norma constitucional infringida, ni la relación de causalidad existente entre el acto y la violación.

- Del recurso de amparo contra órganos o servidores públicos

De la lectura del artículo 29 de esta ley, se desprenden los actos que son susceptibles de amparo en contra de los órganos o servidores públicos al establecer lo siguiente: “El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.”

Aquellos casos en los cuales no procede la interposición del recurso de amparo, se encuentran previstos entonces en el artículo 30 de la misma ley. De acuerdo a lo establecido en dicho artículo, estos casos son:

- a) Contra las leyes u otras disposiciones normativas salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.
- b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.
- c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial.

- d) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.
- e) Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

Cualquier persona puede interponer el recurso de amparo, pudiendo intervenir inclusive aquellos que pudieran tener un interés legítimo en el resultado del recurso como coadyuvante del acto o del demandado.

Para la interposición del recurso, no es necesario agotar ningún recurso administrativo, según se desprende de la lectura del artículo 31, que reza de la manera siguiente: "No será necesaria la reposición ni ningún otro recurso administrativo para interponer el recurso de amparo. Cuando el afectado optare por ejercitar los recursos administrativos que conceda el ordenamiento, se suspenderá el plazo de prescripción mientras la Administración no resuelva expresamente, sin perjuicio de que se ejerza directamente en cualquier momento".

La Constitución Política de la República establece la garantía a la libertad de petición y a una pronta resolución ante cualquier funcionario público o entidad oficial¹⁴, caso en el cual cuando no exista plazo señalado para la contestación, se entenderá que la violación se produce una vez transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que fue presentada la solicitud en la oficina administrativa, según lo previsto en el artículo 32 de la ley.

La ley prevé un plazo de caducidad para la interposición del amparo, que en el caso de aquellos que son en contra de las autoridades podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación o amenaza, extendiéndose hasta dos meses después de la cesación de los efectos de este. En el caso de que se trate de derechos patrimoniales, el recurso deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la violación. Sin embargo, esta condición de prescripción del

amparo, no es un obstáculo para poder ejercer la impugnación del acto por ante otra vía en caso de que la ley contemple hacerlo¹⁵.

A pesar de que para la interposición del recurso de amparo no es necesario haber agotado ningún recurso administrativo previo, el plazo de prescripción del artículo 35 se pudiese ver suspendido si el impetrante ya había hecho uso del recurso administrativo hasta tanto se resuelva el mismo.

En lo referente al día y hora de la interposición del recurso, no resulta inconveniente alguno pues según el artículo 5 de la ley, la Sala siempre tendrá un juez de planta disponible a cualquier hora y todos los días del año, con capacidad para tomar medidas cautelares en caso de ser necesarias, y pueda de esta manera atender los requerimientos de protección que puedan surgir.

La Sala Constitucional tiene la autoridad de poder actuar oficiosamente supliendo la falta de presencia de las partes en litigio, siempre y cuando sea en beneficio de la rapidez del proceso y la protección debida.

Una vez depositada la instancia correspondiente por ante la Presidencia de la Sala, ésta decide la tramitación directa del mismo o la designación de un juez, caso en el cual se hará siguiendo un turno. Esta tramitación de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la ley tiene un carácter privilegiado, salvo frente al recurso de habeas corpus.

Ya apoderado el tribunal del recurso correspondiente, si el juez a cargo entiende que el recurso es oscuro, podrá ordenar al impetrante el esclarecimiento de la acción en un plazo perentorio de tres días. De no responder a tiempo a tal solicitud, entonces le será denegado el recurso, en virtud de lo que establece el artículo 42.

En el caso de que el recurso sea considerado manifiestamente improcedente o infundado, el mismo podrá ser rechazado sin necesidad de analizar el fondo del asunto. En caso contrario, y si

la Sala lo entendiéndose eventualmente procedente, solicita entonces un informe al órgano o servidor recurrido, el cual deberá ser presentado en un plazo no menor de un día ni mayor de cinco. Si el órgano o servidor recurrido no obtemperare al requerimiento de presentación del informe dentro del plazo correspondiente, se le sancionará disciplinariamente y se darán por ciertos los hechos alegados en el recurso y se procederá a dictar sentencia, siempre y cuando la Sala no estime necesario la aportación de alguna otra prueba adicional.

Ahora bien, en el caso de que el funcionario de la autoridad pública negara los hechos del recurso en su informe, la Sala podrá ordenar la aportación de información adicional e inclusive realizar una audiencia oral donde ambas partes fueran escuchadas. Es en esta fase del proceso donde si la violación o amenaza de los Derechos Constitucionales de que se trata está basada en una norma vigente, la Sala en pleno puede suspender la tramitación del recurso y otorgar al recurrente un plazo de quince días para la formalización de una acción de inconstitucionalidad.

Una vez se ha dictado sentencia del recurso de amparo y siendo favorable dicha decisión al recurrente, en caso de poder hacerlo se restituye al agraviado en el pleno goce de sus derechos a fin de que las cosas queden restablecidas al estado en que se encontraban antes de la violación. Si se tratara del cumplimiento, ejecución o reglamentación de una disposición normativa por parte de una autoridad, se le otorgará un plazo de dos meses para el cumplimiento de la misma.

En el entendido de que fuese imposible restituir el goce de estos derechos por la cesación de los efectos del acto reclamado, se indicará al órgano o servidor recurrido que no “deberá incurrir en los actos u omisiones que fueron mérito para acoger el recurso”¹⁹ so pena de imponérsele como sanción prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días de mulata, sin perjuicio de las responsabilidades ya incurridas.

La sentencia en amparo cuando es favorable, "condena en abstracto a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas del recurso"²⁰, caso en el cual deberá acudir por ante la Jurisdicción ordinaria para la ejecución de la sentencia. En el caso contrario, y cuando la sentencia es desfavorable para el recurrente pudiera condenársele en costas en caso de que la Sala entienda que actuó con temeridad.

El plazo establecido para el cumplimiento de las disposiciones de la sentencia cuando es favorable para el recurrente es de cuarenta y ocho horas a partir de la firmeza de la sentencia. De conformidad con lo establecido por el artículo 11 de la ley, contra las resoluciones dictadas por la Sala no existe recurso alguno que pueda interponerse, salvo la petición de que sea aclarada o adicionada²¹. Sin embargo, "la Sala ha establecido la posibilidad de revocar sus propias sentencias cuando ha existido un error en la apreciación de los hechos que produce indefensión o denegación de justicia (votos 125-92, 292-92, 1028-92, 935-94 y otros varias veces reiterados)"³¹⁸.

Finalmente, para la ejecución de las sentencias de amparo de este tipo, en lo que concierne al fondo de la sentencia es ejecutada por la misma Sala, sin embargo cuando se trata de los daños y perjuicios, la liquidación le corresponderá a la Justicia Contencioso-Administrativa.

- Del amparo contra sujetos de derecho privado

Si bien es cierto que ciertas condiciones y requisitos son comunes al amparo contra órganos o servidores públicos y al que ahora nos referiremos, hay algunas diferencias que son particulares de este amparo y que a continuación veremos en primer término como son las condiciones de admisibilidad de este recurso.

318 José Miguel Villalobos. El recurso de Amparo en Costa Rica. Konrand-Adenaver-Stifong. Argentina, 1999

En virtud de lo establecido por el artículo 57, este tipo de amparo procede cuando los recurridos se encuentran en las situaciones siguientes:

1. Cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas;
2. Cuando se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a), de la Ley;

De lo descrito anteriormente se desprende que le compete al recurrente probar que dirimir su caso por la vía judicial ordinaria sería frustratoria ya que la protección del derecho fundamental del que pretende pudiera resultar extemporánea, por no poder obtener protección a tiempo.

La resolución que rechace el recurso debe indicar el procedimiento idóneo que el recurrente debe utilizar para tutelar el derecho lesionado. El recurso es susceptible de inadmisión si para la interposición del mismo no se prevé el plazo establecido en el artículo 35 de la ley.

En el caso de que la sentencia acoja la solicitud de amparo, declarará ilegítima la acción u omisión y ordenará el cumplimiento en un plazo establecido en la misma decisión, y condenará al pago de una indemnización en daños y perjuicios y al pago de las costas a la persona o entidad responsable, liquidación ésta que deberá reservarse a la vía civil de ejecución de sentencia.

CAPÍTULO 12. Los derechos fundamentales en Argentina y su procedimiento de protección judicial.

Ellys G. Coronado Pérez

El amparo en Argentina tiene inicialmente una configuración jurisprudencial, habiéndose regulado por ley y consagrándose, finalmente, en la Constitución. El procedimiento del amparo judicial en Argentina tiene características bien distintas del amparo mexicano, que contrario al argentino, en México se consagró esta figura del 'juicio de amparo' en la Constitución de 1857, además de reconocer los derechos del hombre.

12.1 El nacimiento y la evolución del amparo argentino

En Argentina la acción de amparo tiene origen jurisprudencial. En efecto, el 27 de diciembre de 1957 la Corte Suprema dicta sentencia en el asunto "Siri, Angel S." referido a la clausura de un periódico durante la vigencia de un régimen militar en la que constata la lesión del derecho constitucional de imprenta y de trabajo del recurrente e identifica la necesidad de que exista una acción diferente a la del *habeas corpus*, que sólo puede utilizarse respecto de la libertad personal y física.

Asimismo, el asunto "KOT SRL" de fecha cinco (05) de septiembre de 1958, basándose en el artículo 33 de la Constitución argentina determina la extensión del amparo a actos lesivos provenientes de particulares. El terno del artículo 33 es el siguiente "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Estos casos marcaron el nacimiento de la acción de amparo en Argentina, a pesar de carecer de una ley que reglamentara la misma, generando un derecho consuetudinario donde a partir de ese momento no eran aceptadas las impugnaciones de la validez jurídica del amparo. De este modo la acción de amparo surge por la vía jurisprudencial y en 1966 se promulga la Ley núm. 16.986 que define esta acción. Finalmente, en 1994, en virtud de la reforma constitucional se consagra el amparo en la Norma fundamental.

La influencia recibida en Argentina en la configuración de la acción de amparo procede fundamentalmente del *mandato de segurança* brasileño. Este *mandato de segurança* o "mandamiento de seguridad", es una garantía jurisdiccional específica, de creación brasileña, que permite a toda persona, ya sea física ya sea jurídica, la protección de aquellos derechos fundamentales que no estén protegidos por el "*Habeas Corpus*" o por el "*Habeas Data*" y que hayan sido lesionados o estén en peligro de ser lesionados por un acto de cualquier autoridad.

Es por esto, que por ser el amparo una vía sumaria, debe plantearse ante casos donde la ilegitimidad de la restricción de los derechos aparezca de forma manifiesta por la actividad de órganos estatales o particulares, a la vez de que sea un daño grave e irreparable el que se ocasionaría al impetrante en caso de remitir el conocimiento del caso por la vía ordinaria. Cabe destacar además, que la acción de amparo no es admitida ante las sentencias.

12.2 Los derechos protegidos en materia de amparo

La acción de amparo tiene por finalidad proteger todos los derechos constitucionales implícitos o explícitos, salvo el de la libertad corporal, que corresponde ser protegido por el habeas corpus. Por lo tanto, el amparo protege los derechos tutelados por los tratados internacionales y los derechos protegidos por las leyes, entendiéndose por leyes los decretos, ordenanzas y resoluciones.

De acuerdo con la definición establecida en el artículo 43 de la Constitución argentina y en función de los derechos susceptibles de tutela, el amparo puede clasificarse como 'acción de amparo general', cuya legislación a nivel federal se recoge en la Ley núm. 16.896 y en los ámbitos provinciales se rige por sus respectivas leyes (así, por ejemplo, la Ley núm. 4915 de la provincia de Córdoba); asimismo, el amparo puede referirse según la Ley núm. 19.49 a la mora de la Administración; también el amparo puede interponerse ante el Tribunal fiscal de la Nación. En fin, los amparos también pueden ser por omisión (artículo 43 de la Constitución); amparo de los derechos de incidencia colectiva; amparo en protección del ambiente; amparo en defensa de la competencia, el usuario y el consumidor; amparo electoral (Ley núm. 8.767) y amparo sindical.

12.3 El procedimiento judicial argentino en materia de amparo

El procedimiento seguido en la protección en amparo de los derechos se recoge en la Ley núm. 16.986, de 18 de octubre de 1966. a seguir a fin de perseguir la protección de nuestros derechos fundamentales por la vía del amparo, se encuentra establecida en la Ley, dictada en fecha dieciocho (18) de octubre de 1966.

El escrito de demanda debe contener según las prescripciones legales: a) Nombre, apellido y domicilios real y constituido del accionante; b) Individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión impugnados; c) Relación circunstanciada de los extremos

que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía constitucional y d) La petición, en términos claros y precisos. En la instancia contentiva de la demanda deberán exponerse las circunstancias de hecho y de derecho, así como identificar cual o cuales derechos constitucionales le han sido lesionados. Deberá acompañar a esta instancia las pruebas de que disponga, o en su defecto, en caso de que las mismas no se encuentren en su poder, identificar el lugar o la persona que tenga la posesión de las mismas. En cuanto a la prueba testimonial, la misma no deberá exceder de cinco personas por cada parte, estando a cargo de las partes hacer comparecer a los mismos.

Por lo que se refiere a la legitimación, puede presentar demanda cualquier persona individual o jurídica, por sí o por su apoderado, ante el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto tuviese o pudiese haber sucedido.

Una vez el tribunal ha sido apoderado de la instancia, el juez pondera las peticiones, los elementos de hecho y de derecho, y las pruebas aportadas, a fin de analizar si la acción procede o no. En caso de que la misma sea manifiestamente inadmisibile, rechazará la misma sin necesidad de dar apertura para conocimiento de audiencia, y ordenando el archivo del expediente.

En el caso de entender que la acción pudiera ser admisible, el juez solicitará a la autoridad correspondiente un informe acerca de los antecedentes y fundamentos objeto de la instancia. Esta actuación procesal de solicitud de informe es de vital importancia en este proceso, ya que la omisión del pedido del mismo es causa de nulidad del proceso. Una vez aportado este informe y no habiendo pruebas pendientes de practicar por parte del accionante, en un plazo de 48 horas el juez deberá dictar sentencia ya sea concediendo o denegando la acción. En el caso contrario, y si alguna de las partes ha ofrecido pruebas, deberá ordenarse la aportación de las mismas y deberá fijarse audiencia dentro de los tres días siguientes.

En caso de que el accionante no compareciera a audiencia por sí o por su apoderado, se entenderá como desistida su acción, y se ordenará consecuentemente el archivo de sus actuaciones, con imposición de costas. En el caso de que quien no compareciere fuere el accionado, se recibirán las pruebas de la parte contraria y se instrumentarán las actuaciones de lugar para dictar sentencia.

Una vez producido el informe al que hace referencia el artículo 8 de la Ley, y la celebración en caso de ser necesario de la audiencia de prueba, el juez deberá dictar sentencia dentro del tercer día. En caso de que la sentencia admita la acción de amparo, la misma deberá contener mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo, la determinación precisa de la conducta a cumplir así como las especificaciones para su debida ejecución y el plazo para el cumplimiento de la misma.

La sentencia firme declarativa o no de la existencia de la lesión o posible vulneración de un derecho constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando abierta la posibilidad del ejercicio de acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

Las costas del proceso recaen sobre la parte sucumbiente, sin embargo, en caso de que antes del plazo fijado para la contestación del informe cesa la perturbación o la causa en la que se fundó la acción, no habrá condenación en costas para ninguna de las partes.

Por lo que se refiere a los recursos y de acuerdo con lo establecido por el artículo 15 de la Ley, sólo son apelables las sentencias definitivas, las que declaran la inadmisibilidad del amparo y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso debe interponerse dentro de las 48 horas de haber recibido la notificación de la decisión. En ocasión de esta actuación procesal, el expediente es llevado al Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedida la apelación.

CAPÍTULO 13. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales a través del el proceso constitucional de amparo en el Perú

Ellys G. Coronado Pérez

En el Perú, el amparo es el proceso constitucional que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza lo demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepciones de los señalados en el inciso siguiente, tal y como lo expresa la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 200° inciso 2.

Es necesario para ponerse en contexto de la situación actual del amparo en Latinoamérica un análisis detallado de esta emblemática figura, y saber cuál es su regulación y la importancia que tiene en el del Código Procesal Constitucional y del Tribunal Constitucional de este país.

13.1 Protección del contenido esencial de los derechos fundamentales en el Perú.

La categoría jurídica del “contenido esencial de los derechos fundamentales” tiene una importancia trascendental ya que permite de

manera eficaz someter las cuestiones formales o procedimentales a las materiales, haciendo la unión de un derecho no positivo que configura y determina la validez jurídica del derecho positivo, de acuerdo a como nos explica Luis Castillo Córdova en su artículo, *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*.

Cuando se habla de contenido esencial de los derechos fundamentales, se debe referir a la doctrina alemana donde se conceptuó, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán desde mediados del siglo pasado, en especial desarrollada a partir de su Ley Fundamental de 1949- su *Grundgesetz*- la necesidad de que un Estado no podía afectar los derechos de sus ciudadanos "en su contenido esencial" (*Wesengehaltsgarantie*).

Pietro Sanchís afirma que el contenido esencial de un derecho fundamental es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental³¹⁹

Para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad se hace necesaria la existencia de un conjunto de derechos fundamentales, el reconocimiento de estos implica que en ocasiones estos derechos se vean de cierta manera afectados y por lo tanto se deba recurrir al uso de mecanismos adecuados.

Antes de analizar la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales en Perú es importante hacernos la siguiente pregunta: ¿es el contenido constitucional equivalente al contenido esencial en un derecho fundamental?, de acuerdo con esto el profesor peruano Luis Castillo Córdoba nos hace la reflexión de entender primero de lo que es objeto de protección por parte del amparo y su carácter de protección urgente que está llamado a otorgar³²⁰.

319 ABAD Yupanqui, S. (1992). Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar. Revista Thémis, N° 21, Lima. p. 10

320 Luis CASTILLO CÓRDOVA (2007):El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. p. 229 y ss.

El contenido esencial de los derechos fundamentales, denominada también por la doctrina española como “el límite de los límites”³²¹, fue recogida por el ordenamiento constitucional español³²², y luego por el Tribunal Constitucional de Perú en la *STC 1417-2005-PA/TC*, la cual asume un interesante matiz expresando: *un derecho fundamental puede ser visualizado, consideramos en forma extensiva, como un conjunto de círculos, uno dentro de otro y dentro de los cuales, el círculo de menor tamaño representa precisamente el contenido esencial de un derecho fundamental, es decir, el núcleo inderogable cuya afectación desnaturalizaría por completo la existencia del derecho fundamental.*

Si hablamos de derechos constitucionales, hablamos de derechos reconocidos expresamente en la constitución. En la Constitución peruana permite constatar que en ella se emplea las expresiones derechos fundamentales y constitucionales. Todos son derechos constitucionales al estar recogidos en la Constitución, lo que permitiría hablar de derechos constitucionales fundamentales y de derechos constitucionales no fundamentales.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano acontece que los derechos fundamentales pueden ser susceptibles de ser limitados, constituye un problema en la doctrina el determinar a través de qué medios puede eventualmente hacer ejercicio el Poder Público para limitar un derecho fundamental.

Desde los inicios del constitucionalismo clásico, el instrumento a través del cual se permitía imponer límites a los derechos fundamentales, era la Ley expedida por el Poder Legislativo, y no a través de otra norma jurídica, y menos aún resolución administrativa. En la actualidad, dicho criterio, habiéndose mantenido, sin embargo admite la introducción de ciertos matices.

321 VID. MARTINEZ PUJALTE. Antonio- Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Tabla XII Editores. 1ra edición. Perú, 2005. p. 32.

322 Constitución española de 1978. Artículo 53.1.

Los diversos derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional peruano, muestran que la regulación de ellos ha sido dejado expresamente, a través de una reserva de ley, a la ley expedida por el Poder Legislativo. Sin embargo, el ordenamiento constitucional también contiene un conjunto amplio de derechos fundamentales que, a diferencia de los anteriores, no contiene una expresa reserva de ley parlamentaria.

Aunque en el caso peruano, no obstante no existir una cláusula constitucional expresa, como sucede en España o Alemania el respeto del contenido esencial de un derecho fundamental, puede afirmarse que se puede exigir el respeto del contenido esencial de los derechos. Si el legislador es un poder constituido, y por lo tanto limitado, suprimiera dicho contenido esencial a un derecho fundamental, estaría rebasando sus competencias. El legislador ordinario no puede modificar la Constitución, sino siguiendo el trámite de la reforma constitucional.

13.2 El proceso de amparo en la normativa peruana y los derechos protegidos

El amparo, institución procesal de origen mexicano, se introduce en el ordenamiento jurídico peruano en la constitución de 1979 (artículo 295) y se mantiene en la carta vigente de 1993 (artículo 200, inciso 2). Ha sido concebido como una “garantía constitucional” destinada a proteger los derechos constitucionales distintos a la libertad individual, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.

Tal y como establece Gerardo Eto Cruz, en el Tratado del Proceso Constitucional de Amparo, el amparo peruano tiene cuatro etapas importantes a resaltar con son la etapa en la que el amparo se desarrolla a través de otra figura jurídica (Habeas Corpus), pero con fines propios del amparo, una segunda etapa es la de su constitucionalización histórica, cuando es recogida en la sede constitucional a partir de la constitución de 1979, la tercera etapa

comprende el periodo desde el autogolpe del 5 de abril de 1992 hasta la etapa de transición política y finalmente como cuarta etapa, la actual configuración del amparo a través del Código Procesal Constitucional que entró en vigor en el año 2004.

El Habeas Corpus como Amparo en Perú.

Si bien existieron algunos antecedentes nacionales, como el llamado Habeas Corpus previsto por el decreto ley 17083, que era una ampliación de la clásica figura inglesa a la tutela de derechos distintos a la libertad individual y que se tramitaba ante magistrados civiles.

Perú siguió manteniendo esta figura hasta 1968 como única garantía constitucional contra la violación de todo tipo de derechos constitucionales, tal como fuera legislado en el Código de Procedimientos Penales de 1940, (artículos 349 y siguientes), destinado en su intención a la defensa de los derechos estrictamente individuales como son la libertad personal, el derecho de libre tránsito o el de permanencia en el territorio de la República.

El Amparo en la constitución de 1979

Se puede hablar del amparo como figura autónoma e integral a partir de la vigencia del texto constitucional de 1979, el cual dedicó el título V a las Garantías Constitucionales, pero, además, recogió ya diferenciadas a la acción de Habeas Corpus y a la acción de Amparo (artículo 295), no obstante el tratamiento no es acabado y se precisarán una serie de normas complementarias o leyes orgánicas en que se definan con claridad cada uno de estos institutos.

Con esta constitución Perú inicia un camino con los únicos instrumentos procesales de defensa que contaban los ciudadanos para la tutela de sus libertades fundamentales (Habeas Corpus y Amparo). El fin de estos dos procesos era el control de la constitucionalidad y de la legalidad de las normas.

La constitución de 1979 reguló la acción de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, normas de carácter general y ordenanzas municipales que contrarias a la constitución y también el proceso de acción popular para la tutela del principio de legalidad y de constitucionalidad de aquellos reglamentos y normas administrativas, así como las resoluciones y decretos de carácter general que expide el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas del Derecho Público.³²³

La Constitución de 1979 marcó un antes y un después en el Estado constitucional peruano, fue una de las más modernas y garantistas del Perú, contempló de manera innovadora el proceso de amparo como tal y le otorgó la misma importancia que al proceso de hábeas corpus.

Esta carta Magna incorporó la institución del Tribunal Constitucional (denominado Tribunal de Garantías Constitucionales) así como introdujo la institución del proceso constitucional de amparo y elevó a rango constitucional el proceso constitucional de hábeas corpus, con lo cual se buscó fortalecer la tutela rápida y efectiva de los derechos esenciales del ser humano consagrados a nivel constitucional.

Periodo golpe de estado del 5 de abril de 1992

Con la caída del régimen de Alberto Fujimori y tras una reestructuración y desaparición de los órganos e instituciones del Estado, entre ellos el Tribunal Constitucional que tenía la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución.

Esto deja en desamparo a la justicia constitucional pues se necesitan de instrumentos y herramientas procesales para desplegar una real tutela de los derechos constitucionales y la garantía de la supremacía constitucional.

323 Art. 29 de la constitución peruana del 1979.

El cierre del Tribunal duró desde el 5 de abril de 1992 deja a Perú sin un órgano que pudiese pronunciarse sobre la compatibilidad de las leyes con la Constitución, ni sobre las demandas de los ciudadanos en busca de protección de sus derechos fundamentales. La ausencia de un órgano como el Tribunal Constitucional no dejaba dudas sobre el carácter poco democrático del gobierno de turno, que buscaba por todos los medios evitar el control constitucional. Este periodo se caracterizó porque se dictó un amplio stock de normas que mediatizaron el amparo tanto como el hábeas corpus

El Amparo en la Constitución del año 1993.

En la Constitución de 1993 algunas de las reformas introducidas a la Constitución de 1979 se limitaron a orientar el ámbito de protección del amparo. En este sentido, el artículo 200, inciso 2 del texto constitucional de 1993 establece de forma expresa: *la improcedencia de la demanda de amparo contra normas legales*, disposición establecida principalmente para impedir el amparo contra normas autoaplicativas.

A consideración del autor Gerardo Eto Cruz, la inclusión de un artículo expreso en la Constitución referido a la improcedencia del amparo contra normas legales resulta innecesaria, pues en el texto constitucional es preferible que solo se precise la finalidad del amparo, cual es la tutela de los derechos fundamentales, dejándose la discusión sobre las causales de improcedencia específicas a la legislación ordinaria.

Sin embargo, tampoco debe desconocerse que la proliferación de amparos directos contra normas, muchos manifiestamente improcedentes, fue lo que justificó una decisión de este tipo. Dado que la Constitución estableció una causal de improcedencia del amparo directo contra normas legales, los tribunales se encontraron con una prohibición expresa no prevista en la Constitución de 1979. Se había optado por una «tesis negativa» respecto a esta materia. Sin embargo, pronto esta norma sería objeto de una

interpretación acorde con los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional.

Código Procesal Constitucional del año 2004.

Con la entrada en vigor de la Ley núm. 28237 que regula el Código Procesal Constitucional es donde mayor desarrollo ha alcanzado la institución procesal del amparo en Perú, representa un desarrollo sustantivamente importante de las contribuciones iniciales del Código Procesal Constitucional de Tucumán de 1997, de Sergio Díaz Ricci.

A diferencia del caso argentino en el cual el Código rige para una sola provincia, tiene vigencia en todo el territorio peruano y puede considerarse una de las primeras herramientas procesales que regula íntegramente los 4 procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento) así como los 2 procesos constitucionales de control normativo (inconstitucionalidad y competencial), mereciendo un lugar especial otro proceso de control constitucional reglamentario como lo es el proceso de acción popular, el cual es competencia, en forma exclusiva, del Poder Judicial.

13.3 Procedimiento judicial de la acción de tutela en Perú

Tener la titularidad de un derecho fundamental carece de sentido si no contamos con mecanismos específicos destinados a su protección, por eso es tan importante tanto el reconocimiento de derechos fundamentales, como la existencia de mecanismos para la tutela efectiva de estos.

El proceso de amparo, es el mecanismo de protección de la mayoría de los derechos constitucionales que no son protegidos ni por el habeas corpus, ni el habeas data, este está regulado, por el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 donde se establecen cada una de las particularidades que forman esta figura jurídica.

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional establece que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo. Permite que cualquier persona que considere vulnerado sus derechos procesales, consagrados en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, recurra al proceso de amparo, con el propósito de que declare su nulidad.

De acuerdo a Abad Yupanqui, el amparo es “un proceso declarativo o de conocimiento, pues tiene como presupuesto la inseguridad o incertidumbre respecto a la violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad, funcionario o persona, que debe ser aclarada por la respectiva sentencia.

Asimismo, Landa establece que procede la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que infringe o amenaza los derechos fundamentales, distintos a los concernientes a la libertad individual o conexos a ella.

La acción de amparo busca la inaplicación de la norma o acto en el cual se considere la inconstitucionalidad y puede concebirse como un mecanismo procesal que necesita de la urgencia tanto en el trámite como del conocimiento de la demanda para lograr tutelar efectivamente derechos fundamentales que no podrían lograrse a través de los procesos ordinarios, siendo esta característica resaltada por nuestro TC, que ha señalado que la tutela de urgencia es necesaria dentro del diseño del amparo, si se quiere lograr su finalidad.

Esta acción no procede contra las normas legales ni contra resoluciones judiciales surgidas de un procedimiento regular, disposición que ya se encontraba recogida indirecta o directamente en la Ley. En ese entendido, no cabe plantear la acción de amparo

contra las normas con rango de ley, sino en todo caso contra los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasionen con la aplicación de dichas normas; de modo que el impedimento constitucional es de interponer acción de amparo contra las normas legales en abstracto y no en vía incidental de control concreto. (Landa, 1995)

Si bien la Constitución peruana impide expresamente la procedencia del amparo contra normas legales, esto debería ser interpretado así sólo a condición que dichas normas se manifiesten en el concepto de ley democrática y constitucional.

13.3.1 La competencia en los procesos de Amparo

La jurisdicción constitucional del proceso de amparo peruano es compartida tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional, es decir, antes de llegar al Tribunal Constitucional, la causa constitucional que invoca la afectación de un derecho constitucional debe ser de conocimiento previo por parte de las dos instancias del Poder Judicial.

La competencia en el proceso de amparo se determina sobre la base de tres criterios:

- a) la «competencia material», que se ha otorgado a los jueces civiles en primera instancia, a las Salas Civiles, en segunda instancia y al Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia en caso de resolución denegatoria;
- b) la «competencia funcional», que corresponde a los juzgados en primera instancia, a las Salas de las Cortes Superiores en segunda instancia y al Tribunal Constitucional en última instancia;
- c) la «competencia territorial», que se ha asignado en tres posibilidades: al juez del domicilio del demandante o al juez donde acaeció el acto lesivo (de acuerdo a la modificatoria introducida por el artículo 1 de la Ley núm. 28946).

El ordenamiento procesal peruano ha dispuesto un régimen unitario en la asignación de la competencia *ratione materiae*, entregando todos los casos a los jueces civiles. Esto si bien puede representar un orden en la asignación de la competencia, deja de lado la especialización que determinados procesos de amparo pueden reclamar, como el amparo laboral o el amparo económico, solo por mencionar dos ejemplos que bien podrían ser mejor resueltos en los juzgados laborales o los juzgados comerciales. Sin embargo, un adecuado avance en la asignación de una mejor competencia material es la implementación de Juzgados y Salas Constitucionales, aun cuando su número sea aún reducido.

13.3.2 La demanda de amparo

En el sistema procesal peruano, se han establecido determinados requisitos que debe contener la demanda de amparo, entre los cuales se encuentran: La designación del Juez ante quien se interpone; el nombre, identidad y domicilio procesal del demandante; el nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del Código Procesal Constitucional; la relación numerada de los hechos que hayan producido o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional; los derechos que se consideran violados o amenazados; el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide; la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

CAPÍTULO 14.

El origen y el desarrollo de la acción de tutela en Colombia

Ellys G. Coronado Pérez

14.1 Origen de la acción de tutela en Colombia

La Acción de Tutela tuvo su origen en la Asamblea Nacional Constituyente y su trámite de creación en la Comisión Primera de la misma, ante la cual se presentaron algunos proyectos. Es fruto de esas diversas iniciativas y de la combinación de la de los Delegados con la propuesta del Gobierno, que quería se llamase, como en México, Derecho de Amparo.

Es considerada la más efectiva herramienta de defensa de los derechos fundamentales y el artículo más popular y más invocado de la Constitución colombiana del 1991. A partir de su aparición se convirtió rápidamente en una medida de uso común, y en el mecanismo que dio a conocer masivamente la Carta Política y la acercó, como ninguna otra en la historia, a todos los colombianos.

La tutela fue instaurada como una acción, no como un recurso, que se ejerce por la violación de un derecho fundamental ante cualquier juez de la República. Es un mecanismo sencillo, sin mayores consideraciones técnicas, al punto que se puede invocar oralmente y, como es de su esencia, sin abogado.

Se puede determinar el origen de la acción en tutela cuando la Asamblea Nacional Constituyente, consciente de la importancia de entregar una herramienta ágil y eficaz a los ciudadanos, en el marco del nuevo modelo de Estado social y democrático de derecho, para garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales, incluyó la herramienta judicial más innovadora, accesible y contundente de la historia constitucional contemporánea en Colombia.

Varios constituyentes coincidieron en la necesidad de instaurar una acción vigorosa de defensa efectiva de los derechos humanos, una herramienta judicial con mayores alcances que el recurso de amparo, traído a colación por las referencias de algunos de ellos a la legislación comparada.

La tutela se estipuló para llenar los vacíos de protección, y nunca como un medio alternativo o suplente de las herramientas ordinarias del derecho, que serán las llamadas a aplicarse preferentemente, con la excepción de las tutelas que buscan evitar un perjuicio irremediable.

La Constitución Política de Colombia del 4 de julio de 1991

Una vez expedida la Constitución, la acción de tutela fue desarrollada por el decreto con fuerza de Ley núm. 2591, de noviembre 19 de 1991, expedido por el Presidente César Gaviria, en virtud de las facultades otorgadas por el literal b) del artículo 5 transitorio de la Carta Política; y, posteriormente, este decreto-ley fue reglamentado por el decreto presidencial 306 del 19 de febrero de 1992, dictado, con base a las facultades otorgadas por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución.

Esta constitución regula los derechos, garantías y deberes, en el Título II (Capítulo I de los Derechos Fundamentales, Capítulo II de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Capítulo III de los Derechos Colectivos y del Ambiente, Capítulo IV. de la Protección

y Aplicación de los Derechos y Capítulo V de los Deberes y Obligaciones).

En el Título VIII, el Art. 239 crea la Corte Constitucional como parte de la Función Judicial, y en el numeral 9 señala la función de revisar en la forma que determina la Ley las decisiones judiciales, relacionadas con la Acción de Tutela de los derechos constitucionales. De ella y de otras normas se deduce que la Acción de Amparo es conocida en Colombia como "Acción de Tutela".

En el mismo espíritu garantista que originó la tutela, la mayor parte de la Asamblea Constituyente entendió que el Estado Social de Derecho podría quedar en el papel y serían imposibles de desarrollar los cambios revolucionarios que implicaba dejar atrás un régimen político sustentado en un modelo autoritario, centralista, mono-cultural y signado por el estado de sitio, en detrimento de los derechos fundamentales, y erigió, bajo este aire renovador, a la Corte Constitucional como un alto tribunal especializado en velar por el cumplimiento de los nuevos derechos constitucionales, y guardar la preeminencia y supremacía de la Carta de 1991.

Es por esto, que la Corte Constitucional fue creada para establecer las pautas generales de todo el ordenamiento jurídico, a través de sus sentencias de constitucionalidad, y también para que, a través de su jurisprudencia, asegure el cumplimiento y desarrollo del Estado social y democrático de derecho; la división y equilibrio de las ramas del poder público; el funcionamiento y la colaboración armónica entre los diferentes poderes del Estado; y vigile la efectiva protección de los derechos fundamentales, especialmente, a través de su competencia en la revisión de los procesos de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional, para el cumplimiento de su misión, se manifiesta bajo tres tipos de sentencias: a) las sentencias de tutela (T), dirigidas a proteger efectiva y oportunamente los derechos fundamentales, donde la Corte ejerce esta competencia por su labor de revisión de los fallos de tutela; b)

las sentencias de unificación de jurisprudencia, (SU), que se presentan cuando un proceso de tutela representa, en su análisis e interpretación, un cambio jurisprudencial respecto a la posición tradicional de la Corte y amerita una sentencia de unificación, o cuando la importancia del caso implica una decisión de sala plena; y, c) Sentencias de control constitucional (C), por medio de las cuales la Corte garantiza que algunos actos y leyes se ajusten a los postulados de la Carta so pena de declararlos total o parcialmente inexecutable.

En medio de estas facultades, la Corte Constitucional ha generado una revolución política y social, con una jurisprudencia de avanzada que ha logrado empujar al legislativo y al ejecutivo hacia una modernización estatal sobre la construcción de un Estado progresivamente garante de los derechos humanos. En este proceso, dadas las asimetrías entre los avances jurisprudenciales en materia de derechos humanos de la Corte Constitucional y las tardías o nulas respuestas del Gobierno Nacional y el Congreso de la República, la Corte ha llegado a afectar con sus fallos las políticas públicas, rebasando los límites ortodoxos en que se ha encasillado al poder judicial en un Estado de derecho.

14.2 Los derechos protegidos con la acción de tutelados

La acción de Tutela es un mecanismo de derecho procesal constitucional, con carácter específico y directo del que se puede valer toda persona, cuando los derechos fundamentales han sido violados o existe amenaza de violación o de vulneración por parte de una autoridad pública o de un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública, frente a la cual se encuentre en circunstancias de subordinación.

Es una acción judicial autónoma, de origen constitucional, para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales.³²⁴

324 Vid. CORREA HENAO, N. R., *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*, Bogotá, 2001.

La Acción de Tutela es la garantía que ofrece la Constitución de 1991 del derecho que tienen todas las personas a la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Esto está expresado en el Artículo 86 de la Constitución: al indicar que: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.³²⁵

La Acción de Tutela se refiere a los derechos fundamentales de las personas; es decir, todos aquellos derechos que son necesarios para las personas que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca. Según la Corte Constitucional, el que un derecho sea fundamental no se puede determinar sino en cada caso, según la relación que dicho caso tenga con uno u otro derecho fundamental; es decir, que la misma Constitución no menciona claramente cuáles son los derechos fundamentales que tiene cada persona si no que se refiere a como vayan resultando cada uno de estos derechos y que sean indispensables para las personas.

Toda persona podrá reclamar ante los jueces acción de tutela, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer.

La Acción de Tutela debe ser interpretada por una persona física o jurídica o por conducto de apoderados con poder simple de

325 Constitución Política de Colombia, Art. 86.

quien la solicite. Puede ser ejercitarse en contra de autoridad pública o contra particulares que presta servicios públicos o afecta el interés colectivo, o hay subordinación o indefensión con respecto de él.

No procede la Acción de Tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, así cuando se busca proteger un derecho colectivo, excepto cuando exista conectividad entre el derecho colectivo y uno fundamental del demandante. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo que esté continúe. Cuando se impone contra actos de carácter general, impersonal y abstracto. Cuando se interpone contra providencias judiciales.

La Tutela es un mecanismo de protección subsidiario, es decir que procede cuando no se disponga de otros medios de defensa. No obstante se puede utilizar aunque haya otros mecanismos, que:

- a) El otro medio ya se agotó y no sirvió;
- b) El otro medio existe, pero se acude a la tutela para evitar un perjuicio irremediable.
- c) Cuando el medio de defensa existe pero no goza de eficiencia similar a la tutela.

Se entiende por perjuicio irremediable en la Acción de Tutela cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que sea inminente, o sea que esta por suceder prontamente;
- b) Que las medidas que se requieren para conjurarlo sean de carácter urgente, dada la prontitud o inminencia del suceso que está por realizarse;
- c) Que sea grave, esto es, que el daño sea de una gran intensidad o deterioro material o moral en pérdida del afectado.

Es debatido el ámbito de los derechos amparables, ya que unos defienden que su ámbito protector se limita a los derechos “fundamentales” que están señalados en el Título II del Capítulo I Constitucional. Sin embargo, este criterio no es aceptado por la Jurisprudencia en base a dos razones: a) Hay derechos fundamentales que no están en este capítulo. Por ejemplo la protección de los menores Art. 44 de la Constitución) o de la tercera edad. b). En Colombia se aplica la conexidad. Por ejemplo, la Seguridad Social - obtener una medicina -, si bien no es fundamental, lo es por su “conexidad” con el derecho de la vida. En conclusión, la tutela es muy amplia.

El titular de la tutela, puede actuar mediante apoderado o directamente. En caso de interponer la acción a través de un representante, no es necesaria la autenticación ni la presentación de la persona que interpone la tutela como lo antes mencionado como titular, ni el reconocimiento auténtico del poder, pues estos se presumen auténticos por el principio fundamental de la buena fe.

14.3 Procedimiento judicial de la acción de tutela en Colombia

El procedimiento de la acción de tutela, regulado por el Decreto 2591 de 1991, se caracteriza por imprimirle a ésta un carácter preferente y sumario, como lo ordena la propia Constitución. En el régimen legal se adoptan, a este respecto, los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

En Colombia todo ciudadano que quiera hacer uso de la acción en tutela debe tener en cuenta que esta es informal en cuanto a su presentación, es decir que no se necesita de mayores tecnicismos en cuanto a su forma, por lo tanto busca eficacia y hacer más fácil a los ciudadanos acceder a ella; es una acción sumaria, refiriéndose a que es rápida, es una acción eficaz por cuanto se logra el objetivo para el que fue creada que consiste en la protección

e los derechos fundamentales siendo titulares de esta calidad a aquellos que obtienen este calificativo.

Toda persona ya sea natural o jurídica puede interponer tutela. Las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:

- **Directamente.-** Cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino por sí mismas, siempre que estos derechos por su naturaleza sean ejercitadas por ella mismas.
- **Indirectamente.-** Cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas.

La acción de tutela puede interponerse ante cualquier juez o tribunal con jurisdicción en el lugar donde hubiere ocurrido la violación o amenaza de vulneración del derecho fundamental, quienes son competentes a prevención. La Constitución prescribe que “en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución” (C.P. art., 86).

En ningún caso podrán transcurrir más de 10 días entre la solicitud de tutela y su resolución. La competencia corresponde a los tribunales de primera instancia y conocen la acción en tutela a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

El que interponga la Acción de Tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advierte sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

Cuando las acciones van dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar.

En caso de que sin motivo expresamente justificado, la misma Acción de Tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

El abogado que promoviere la presentación de varias Acciones de Tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal, de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario si fuere el caso.

Existe competencia especial cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Cuando dichas providencias emanen de magistrados, conocerá el magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.

La Acción de Tutela no es procedente en los siguientes casos:

- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellas se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de estos medios

será a apreciada de acuerdo a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

- Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de Hábeas Corpus.
- Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
- Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
- Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De esta manera podemos establecer una Clasificación de los sujetos contra los cuales se dirige la acción de tutela.

- **Autoridad Pública.**- La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental, así mismo la acción

también se dirigirá contra el superior que dio la orden de la violación de estos derechos.

- **Autoridad pública de la rama judicial.-** Son los jueces, Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado, la procedencia de la tutela en contra de estas se ve reforzada por un argumento más, es decir que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.
- **Tutela contra Particulares.-** Establece tres elementos para que proceda una acción de tutela contra un particular.
 - Que estén encargados de la prestación de un servicio público
 - Que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo
 - Que respecto de ellos, el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La solicitud de Acción de Tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción se la podrá hacer verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior

presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

Resumen comparativo del Amparo en algunos países de América Latina

País	Nombre Jurídico	Año	Artículos en la Constitución	Jurisdicción de Amparo	Observaciones
Colombia	<i>Acción de tutela</i>	1991	Art. 86 Constitución de Colombia (1991)	Corte Constitucional	Procede contra los actos y omisiones de la autoridad privada, promovida antes cualquier juzgado de cualquier jurisdicción.
Argentina	<i>Amparo</i>	1957-1958	Art. 43, Constitución de Argentina (1994)	La Suprema Corte de Justicia revisa en segunda instancia y tercera instancia. En casos excepcionales lo conoce directamente.	
Perú	<i>Amparo</i>	1979	Art. 200.2 Constitución de Perú (1993)	La Corte Constitucional conoce de los amparos bajo la revisión de segunda y tercera instancia.	<i>Habeas corpus</i> hacía las funciones de protección no solo de los derechos de las libertades de las personas, sino también de cualquiera de los derechos fundamentales.

Costa Rica	<i>Amparo</i>	1949	Art. 48 Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)	Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Acceso directo	
México	<i>Amparo</i>	1857	Art. 103 y 107 Constitución Política de México (2005)	La Suprema Corte de Justicia revisa en segunda instancia y tercera instancia. En casos excepcionales lo conoce directamente.	

Bibliografía de la segunda parte

- ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Gaceta Jurídica S.A. : Lima, 2004.
- ABERASTURY, Pedro y CILURZO, María Rosa. *Manual de Procedimiento Administrativo*, Abelardo Perrot : Buenos Aires, 1998.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel Derecho : Barcelona, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de E. Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales : Madrid, 2002.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y control del poder*. Ediciones Ciudad Argentina : Buenos Aires, 1995.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1982.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el poder judicial. *Revista del Poder Judicial* n° 45, primer trimestre de 1997, pp. 31-53.
- BARRA, Rodolfo C. *La acción de amparo en la constitución reformada*, La ley, E sec. Doctrina, Buenos Aires, 1994.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *Primera Ley de Amparo de 1861*. Ed. UNAM, México, 1980.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Algunos Documentos para el Estudio del Origen del Juicio de Amparo 1812-1861*. Ed. UNAM, México, 1987.

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BAZDRESH, Luis. *El Juicio de Amparo*. Curso Elemental. Ed. Trillas, México, 1985.
- BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 77, mayo-agosto de 2006, pp. 51-75.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1968.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho Constitucional Argentino*. Tomo VI. Ed. Ediar : Buenos Aires, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros. 1994.
- BOSH, Jorge Tristán. *Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública*. Buenos Aires, 1951;
- BREWER CARÍAS, Allan R. *La Defensa de la Constitución*. Colección monografía jurídica Venezolana, Caracas, 1982.
- BURGOA, Ignacio. *El Juicio del Amparo*. 18ª ed. Porrúa : México 1982.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel J.; MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. 2ª edición. McGraw Hill : Madrid, 2000.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra : Almedina. 1993.
- CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. La aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*: BOE-Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1995.
- CARVAJAL PÉREZ, Marvin. *O Recurso de Amparo Na Costa Rica*. Tesis para la obtención del título Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo, Brasil.
- CASTRO, Juventino. *El Sistema del derecho de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1979.
- CASTRO, Juventino. *Lecciones de Garantías y Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1991.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *El proceso de amparo constitucional*. 2ª edición. La Ley : Madrid, 1992.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tomo I. 2ª ed. Madrid. 1948.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas : Madrid, 2003. (última edición de 2013).
- FAIRÉN GULLÉN, Víctor. *Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo*. Ed. UNAM : México, 1971.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Biblioteca Nueva : Madrid, 2001.

- FIX ZAMUDIO, Héctor. *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana en la Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Ed. UNAM : México, 1961
- FIX ZAMUNDIO, Héctor. *Reflexiones sobre la Naturaleza procesal del Amparo*. En Revista de la Facultad de Derecho de México, número 56. México, 1964.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940- 1965*. Ed. UNAM : México, 1968.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *La Constitución y su Defensa, en la Constitución y su Defensa*. Ed. UNAM México, 1984.
- FIX ZAMUNDIO, Héctor. *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*. Editora Mexicana, México, 1985.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, "Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España", en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2003, pp. 1023-1092; disponible también en <http://www.pd-humanos.org/libreria/libro1/Cap%2016.PDF>.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal*. En *Introducción al Derecho Mexicano* Tomo II. Ed. UNAM, México, 1981.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. Sobre la proyectada reforma del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo. La Ley nº 6413 : Madrid, 2 de febrero de 2006, pp. 1-5.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*. II tomos. San Martín de Porras Fondo Editores : Lima, 2006.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid : Civitas. 1995.

- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. *La Defensa de la Constitución*. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, UNAM, México 1983.
- GARRO VARGAS, Anamari. El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 76, enero-abril (2006), pp. 95-142.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1987.
- GONZÁLEZ COSIO, Arturo. *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1985.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo : Buenos Aires, 1998.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El derecho de Amparo*. 2ª edición. Depalma : Buenos Aires, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. Teoría e ideología dell'interpretazione costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale* n° LI, enero-febrero de 2006, n° 1, pp. 743-783.
- GUERRERO LARA, Ezequiel. *Manual para el Manejo del Seminario Judicial de la Federación*. UNAM : México, 1982.
- HÄBERLE, Peter. El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional. trad. de Carlos Ruiz Miguel. En García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, pp. 227-282, disponible también en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-amparo.htm>.

- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. de Joaquín Brage Camazano de la edición de 1962. Dykinson : Madrid, 2003.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El derecho de la constitución*. 2 vols. Juricentro : San José, 1993.
- HERNÁNDEZ, Octavio. *Curso de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1983.
- LAFUENTE BALLE, José M^a. Veinticinco años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su efecto 'arco iris': los casos «*inaudita parte*». *Revista de derecho político* n° 58-59, 2003-2004, pp. 805-832.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de, "La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 2005, pp. 489-535.
- MIERES MIERES, Luis Javier. *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*. IVAP-Civitas : Madrid, 1998.
- MORILLO, Augusto y VALLEFÍN, Carlos A. *El amparo. Régimen Procesal*. 3^a edición. Librería Editora Platense : Buenos Aires, 1998.
- MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Aranzadi : Navarra, 1998.
- NORIEGA, Alfonso. *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1980.
- NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de Amparo*. Ed. Porrúa : México, 1980.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español: o cómo salir del laberinto. *La Ley* nº 5796, 5 de junio de 2003, pp. 1-10.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una sociedad democrática*. Thomson-Aranzadi : Navarra, 2004.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad (derechos sociales, medio ambiente y consumidores)*. Comares : Granada, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi y Garrigues Cátedra : Navarra, 2006.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *Sistema de Justicia Constitucional*. Civitas : Navarra, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos : Madrid, 1987.
- QUIROGA LAVIE, Humberto. *El amparo Colectivo*. Rubinzal Culzoni editores : Buenos Aires, 1998.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Reforma de la Constitución Argentina*. Tomos I, II, III, IV, Rubinzal Culzoni editores, 2ª ed., Santa Fe, 2009.
- RABASA, Emilio. *El Artículo 14 Constitucional y el Juicio Constitucional*. Ed. Porrúa : México, 1978.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de Mª Luz Melon, Barcelona, 2001 [1994].
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional y BOE : Madrid, 2001.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. El artículo 24.1 CE como 'norma de conducta' para jueces y tribunales y 'norma de control' para el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 74, mayo-agosto de 2005, pp. 261-278.
- ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, traducción de J.L Muñoz de Baena, A. de Prada y P. López, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 [1926].
- SÁENZ CARBONELL, Jorge. Orígenes del control de constitucional en Costa Rica: (1812-1937)", *Revista de Derecho Constitucional*. San José. (1): enero a abril de 1991, pp. 27-64.
- SAGÜES, Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo I, II. Editorial ASTREA : Buenos Aires, 1997.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (coord). *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. Tirant lo blanch : Valencia, 2006.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Ed. Labor : Barcelona, 1951.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa. México 1978.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. ¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?. UNED. *Revista de Derecho Político* n° 101, Madrid, enero-abril 2018, pp. 703-740.
- TEROL BECERRA, M.J., F. ; ÁLVAREZ-OSSORIO, Micheo y BARRERO ORTEGA, A. *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo blanch : Valencia, 2005.

- Tribunal Constitucional Español. *Memorias del Tribunal Constitucional*. Madrid, 1981-2017. Disponible en; <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>
- Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón. SCJ. México, 1960.
- *Cámara de Diputados. Derechos del Pueblo Mexicano*. XLVI Legislatura. México, 1967.
- *La Protección Constitucional del ciudadano*. Ed. Grancharoff, J.A. Konrad Adenauer Stiftung : Buenos Aires, Argentina, 1999.
- VIVER PI-SUNYER, Carles (coord.). *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*. Tirant lo blanch : Valencia, 2006.

TERCERA PARTE

SUMARIO: CAPÍTULO 15. La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos Fundamentales en la República Dominicana. **CAPÍTULO 16.** Evolución de la acción de amparo en la República Dominicana. **CAPÍTULO 17.** El régimen procesal de la acción de amparo. **CAPÍTULO 18.** El desenvolvimiento del proceso de amparo. **CAPÍTULO 19.** Las causales de inadmisión de la acción de amparo. **CAPÍTULO 20.** Los amparos especiales. **CAPÍTULO 21.** La sentencia de amparo y las vías de recursos.

LA ACCIÓN DE AMPARO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

La esencia de la justicia constitucional es asegurar la efectividad real de los derechos fundamentales y el control de la supremacía de la constitucionalidad para lograr que las personas vivan y se desarrollen en un orden de bienestar y en estricto respeto de la dignidad humana, y que el Estado conserve su orden político y social inalterable a los principios y normas que definen la Nación.

Así se ha desarrollado el recurso de amparo en la República Dominicana donde surge, inicialmente, como consecuencia de la recepción por la Suprema Corte de Justicia de las obligaciones convencionales interamericanas y que luego se plasma en la Constitución y que crea un Tribunal Constitucional especializado en su control.

La justicia constitucional es una tutela por la que se impone el derecho de igualdad de todos ante la ley. Una sanción al abuso de poder, al acto arbitrario y a la desigualdad social. Una sociedad se desarrolla positivamente en la medida que cuenta con la protección de la justicia y asegura que no haya impunidad, que es la vía de mantener el orden y la paz, por ello la doctrina constitucionalista se une en el criterio de que los derechos valen y se mantienen por su garantía,

es el “derecho de los derechos fundamentales”³²⁶, sin garantía los derechos se quedan en el papel o en la voluntad de quienes tienen el poder.

La conquista más significativa de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales es que existe un ordenamiento jurídico para garantizarlos, lo que se materializa por las acciones en amparo, *habeas data* y *habeas corpus* que han sido el resultado de una historia de muerte y de dolor para lograr que las personas discriminadas, subordinadas y vulnerables ante un absolutismo de poder logren justicia, es decir obtengan el respeto de sus derechos. Una lucha que en la tierra de Quisqueya inician los taínos y denuncia el sermón de Adviento de Fray Antón de Montesinos exigiendo un *derecho de gente*.

Estas garantías son acciones jurisdiccionales y como tales deben estar acompañadas de un derecho procesal de la misma naturaleza del derecho que protegen, por tanto un derecho procesal constitucional, autónomo en la medida de que no puede seguir los lineamientos procesales de la justicia de derecho común. Requiere de un proceso centralizado en la dirección lineal de verificar el hecho o el acto que conculca el derecho fundamental denunciado. No será posible la efectividad procesal en materia de amparo sin la aceptación de que se trata de un procedimiento especializado, necesariamente distinto al exceso de formalismos y técnicas procesales ordinarias y de la que nos cuesta separarnos, una resistencia a que la justicia puede ser simple y sin tropiezos y ante jueces garantistas de los derechos fundamentales.

El derecho procesal constitucional es sencillo, preferente, sumario y no sujeto a formalidades innecesarias, por mandato expreso del artículo 72 de la Constitución. Es una justicia de intermediación para escuchar a quien clama amparo ante el abuso y lo evidentemente arbitrario que hace nacer una infracción constitucional. En su ideal, es una audiencia eminentemente oral, cuya prueba supera el interés

326 Pedro Cruz Villalón. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. REDC 25. Enero - abril. 1989, p. 62.

personal para ser un asunto de interés judicial con fines de asegurar aniquilar la infracción constitucional y restaurar el derecho fundamental, proteger a la persona y proteger la democracia.

El derecho procesal constitucional debe dar preferencia a la protección que se reclama más que a la técnica o medios procesales, es decir privilegiar el contenido de lo que se procura que las reglas adjetivas del procedimiento, salvo que la tutela procesal tenga su imperio fundado en el derecho de defensa. Se rige por los elementos de dirección que impone el citado artículo 72 de la Constitución y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales número 137-11, la cual también da poder al Tribunal Constitucional de reglamentar y de interpretar. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional defendiendo su poder funcional y competencial³²⁷. Y en el mismo sentido ha explicado que tiene *la facultad de interpretar y aplicar las normas procesales en la forma más útil para la efectividad de la justicia constitucional* y que el proceso debe *instruirse con sensibilidad y pro-actividad respecto a la situación del accionante*³²⁸; con lo cual destaca la condición de una justicia diferenciada en privilegio al orden constitucional.

La comprensión del procedimiento en la acción de amparo amerita un estudio desde la perspectiva internacional, constitucional y procesal constitucional especializada, que en esta parte se concentra en cuatro capítulos relativos a la influencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, la evolución jurisprudencial y constitucional en la República Dominicana y el régimen procesal de la acción de amparo destacando su naturaleza, informalidad, principios rectores, los sujetos y la competencia; el desenvolvimiento del proceso en la forma de apoderamiento e impulsión procesal, la instrucción probatoria y los posibles incidentes procesales; los medios de inadmisión, las sentencias y los recursos; también, las acciones de amparo especiales, todo en el ánimo de presentar una guía práctica y didáctica al derecho procesal constitucional de amparo.

327 TC/00305/14.

328 Sentencia TC/0202/13.

CAPÍTULO 15.

La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos Fundamentales en la República Dominicana

Bernabel Moricete Fabián

15.1 La Convención Americana de Derechos Humanos y el Derecho dominicano de protección de los derechos fundamentales

La Suprema Corte de Justicia (SCJ) dominicana ya había desarrollado, en sentencia del 30 de abril de 1926, criterios interesantes acerca de la naturaleza de los derechos fundamentales; refiriéndose a éstos como “inaccesibles para los poderes públicos” e “ilegislables”³²⁹. Con ello apuntaba el alto tribunal al grado supremo que dentro del ordenamiento corresponde tales prerrogativas.

329 CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. Consultor de Jurisprudencia Constitucional Dominicana, 1924-1930. 1995. Ediciones Trajano Potentini, Santo Domingo, 2005. En el caso comentado, se trató de una sentencia en que la Suprema Corte de Justicia (B.J. Nos. 189-190, pág. 13) ejerciendo el control de constitucionalidad, declaraba inconstitucional la Ley No. 175 del 26 de mayo de 1925 que obligaba a determinados establecimientos comerciales a cerrar en domingo y de fiesta religiosa. Allí la corte suprema antepone a la norma atacada la libertad de trabajo, la libertad de industria y de comercio, y la libertad de conciencia y culto; declarando la inconstitucionalidad de la ley y criticando al legislador en cuanto

Esa tarea de los órganos del sistema judicial se ve robustecida, como antes se ha indicado con los procesos de internacionalización y con nociones como las de bloque de constitucionalidad. Sobre este aspecto, ha dicho la SCJ refiriéndose al proceso de internalización del derecho internacional de los derechos humanos -en un asunto sobre la 'presunción de inocencia'- que, «al ser un derecho fundamental, forma parte de nuestra Carta Magna y del 'Bloque de Constitucionalidad', así como también de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otros tratados y convenios que forman parte de nuestro derecho positivo»³³⁰. Con lo que se plantea una incorporación del contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho dominicano a través del bloque de constitucionalidad que enriquece el sistema de protección.

Señala Ferrajoli que «después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son 'fundamentales' no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional»; a cuyo respecto, en clara referencia al radio de acción de esta nueva realidad de los derechos fundamentales, señala que «no [son], pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías»³³¹.

La aparición del derecho internacional de los derechos humanos la explica Juan Carlos Hitters aludiendo a su desarrollo lento y progresivo tanto universal como regional, destacando que la 'progresividad' es una de las características fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Apunta Hitters que «esta tendencia tuvo su epicentro en la primera mitad [del siglo

pretendió regular irrazonablemente unos derechos inherentes a la persona humana que le eran indisponibles.

330 SCJ, sentencia de 7 de septiembre de 2005.

331 Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los Derechos Fundamentales, ob. cit., p. 40.

pasado] en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, cuando la humanidad advirtió que su condición había involucionado a pasos agigantados, como consecuencia de esos terribles acontecimientos». A tal efecto, también afirma: «de ahí en adelante la protección de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como transnacional, ha ido creciendo -no sin altibajos- en forma constante»³³². Un proceso de desarrollo que se inició en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que representó un cambio de paradigma en la visión de la sociedad acerca de la valorización de estos derechos en razón de los valiosos bienes que tutelan para el ser humano, induciendo a un cambio revolucionario dentro de los sistemas jurídicos en los diferentes Estados y, que se vio ratificado, en los compromisos asumidos en torno a los derechos humanos con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Previo a estas grandes Declaraciones de derechos y a la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, tal como ha advertido Pastor Ridruejo, *«la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales estaba encomendada esencialmente a los derechos internos»*; y usa el término esencialmente porque en aquella época el derecho Internacional sí se preocupó de prohibir practica tan odiosa y degradante como la esclavitud (Congreso de Viena de 1815), y admitió de otro lado las llamadas intervenciones por causa de humanidad. Pero no sin olvidar que con el inicio del desarrollo del constitucionalismo, los Derechos Fundamentales pasaron a formar parte de las constituciones estatales, en cuya parte dogmática se insertan los catálogos enunciativos de derechos humanos y libertades fundamentales y, al contener estas normas los criterios de validez de las demás normas del sistema cuya supremacía impide al legislador violentar su contenido, estos catálogos de derechos y garantías quedaron revestidos de ese mismo ropaje inquebrantable. En

332 Juan Carlos Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 24 y 25

el mismo sentido, al ponerse en marcha el proceso de internacionalización de los derechos humanos, se inició un proceso de ruptura del mito de la soberanía nacional³³³. Con este proceso, la orquestación de tales derechos traspasa el ámbito interno de los Estados, dando una activa participación a la comunidad internacional, a la que se le otorga un papel determinante cuando los sistemas internos fallan en su obligación de tutelarlos. Pero el fenómeno de la internacionalización no implica, en modo alguno, un desplazamiento de los sistemas nacionales por los supranacionales; sino que opera una coexistencia de dos sistemas normativos que deben funcionar en perfecta armonía. Esta coexistencia genera –tal y como lo plantea Hitters– una serie de conflictos con respecto a la independencia que tiene cada uno de estos conjuntos; y, en paralelo, en lo atinente a la prioridad o prelación que le corresponde³³⁴.

Con relación a la independencia de estos dos conjuntos, se trata, por un lado, de determinar si uno y otro sistema caminan por senderos separados, como lo plantean los defensores de la escuela dualista, o si trillan un camino común, como argumentan los defensores de la teoría monista. En el primer caso, se niega la posibilidad de que el derecho internacional pueda llegar al individuo sino es por medio de una norma interna que lo incorpore y le sirva de receptáculo, que permita su exigibilidad por los individuos; mientras que, en el segundo caso, los defensores de la teoría monista plantean que entre uno y otro ordenamiento existe

333 Con respecto a la inserción de catálogo de derechos fundamentales en los textos constitucionales resulta interesante la referencia que hace Joseph Story, juez de la Corte Suprema de EEUU desde 1811 a 1845, en su *Comentario Abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, p. 299, al señalar respecto de la Constitución: «fue objeto de reproches amargos y numerosos, sólo respecto a sus disposiciones, sino con relación a los vacíos que tiene. A este respecto, la omisión de una declaración para establecer y consagrar los principales derechos de los ciudadanos estadounidenses había parecido uno de los graves defectos de este acto, y los opositores no habían dejado de exagerarlo a los ojos del pueblo para impedir la adopción de la Constitución; sus esfuerzos fueron impotentes, pero se hizo necesario consagrar en una serie de reformas los privilegios generales de los ciudadanos de Estados Unidos de América».

334 J. C. Hitters, *ob cit.* p. 208.

una interrelación que, amparados en la cláusula *'self executing'*, permite una operatividad directa al derecho internacional en el ámbito interno de los Estados, sin que haya la necesidad de una norma que adapte su contenido, como lo exige la teoría dualista, bastándole, en tal sentido, el simple ejercicio de la adopción del contenido de la norma internacional por los medios constitucionalmente establecidos.

A la vista de estas dos teorías contrapuestas para la aplicación del derecho internacional es conveniente precisar la posición asumida por el ordenamiento jurídico dominicano. En este contexto se debe destacar el mecanismo que ha desarrollado la Constitución dominicana para la adopción de los tratados internacionales; así en su artículo 26.1 la Constitución dispone que la República Dominicana «[r]econoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado». Sería interesante desentrañar el sentido y alcance de la expresión 'aplica' consagrada en el texto constitucional, por entender que de ella se desprende la orientación asumida frente a una y otra teoría; máxime cuando el artículo 26.2 de la misma dispone que "[l]as normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial". De este contexto, se podrá colegir de manera más precisa la influencia que viene ejerciendo la Convención Americana en nuestro ordenamiento interno.

Al utilizar la Constitución la expresión 'aplica' revela una clara referencia a la participación del Derecho internacional conjuntamente con nuestro derecho interno, y no habiendo establecido más requisito que la aprobación por parte del Congreso (art. 93.1, I de la Constitución) para asumir el reconocimiento y aplicabilidad de las normas internacionales e indica la propia Constitución que son parte de nuestro de derecho interno, permitiendo la exigibilidad de las prerrogativas allí contenidas sin necesidad de que se adopten normas internas de adecuación de sus contenidos, bastándole -como señala la propia Constitución- con la aprobación

del instrumento internacional por los poderes públicos del Estado que están constitucionalmente facultados para hacerlo³³⁵.

Asumir, en tal sentido, que el Derecho internacional forma parte del derecho interno, abre la posibilidad de que en ciertos momentos surjan conflictos con el contenido de las normas de derecho interno, tras lo que se generan diferentes hipótesis que pueden plantearse como son, el valor normativo del instrumento internacional, su posicionamiento en el sistema de fuentes, la naturaleza de su eficacia (directa o indirecta), la competencia para su interpretación en el orden interno, así como el orden de prevalencia en que se aplicarán cuando el conflicto incluya una ley ordinaria y cuando la contradicción implique a la Constitución.

En torno al alcance del citado artículo 26 de la Constitución, la jurisprudencia dominicana, previo a la modificación de 2010, ya había tomado partido señalando que *«se impone determinar, en primer lugar, el alcance de la norma constitucional invocada relacionada con los convenios, pactos y/o declaraciones, suscritos por la República Dominicana»*, asumiendo la Suprema Corte de Justicia, en relación a la normativa internacional que *«forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país»*, reconociendo además en su argumentación el alto tribunal que pasan a formar parte de nuestro Derecho interno *«las opiniones consultivas y la decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»*.

Con los componentes del bloque de constitucionalidad, que venía identificando la SCJ, el problema sobreviene con la determinación

335 La Constitución dominicana otorga en virtud del artículo 128.2,d al Presidente de la República la facultad para celebrar tratados con las naciones extranjeras u organismos internacionales sometiéndolo al control de constitucionalidad preventivo ante el TC (art. 185.2) y a la aprobación del Congreso, sin lo cual no tendrán validez ni obligarán a la República.

del alcance de la sentencia 256-14 del TC; en la que declaró nulo el instrumento por el cual la República Dominicana declaraba, ante la Organización de Estados Americanos, su sometimiento la competencia de la CortelDH. Una discusión que nos conduce por dos vías de análisis; por un lado, el enfoque de derecho interno, en cuanto al mandato del artículo 184 de la Constitución que declara las decisiones del TC como precedentes vinculantes para todos los órganos internos del Estado. Por otro lado, el enfoque internacional y la declaratoria que hace un órgano del Estado, declarando la desvinculación por nulidad de un acto generado a lo interno del Estado dominicano, por el órgano que ostenta los plenos poderes, como es el Poder Ejecutivo y, además, la posición en el derecho internacional sobre el principio del *estoppel*, que consagra la doctrina de los actos propios en el derecho internacional. Además, el tema de quien debe declarar la nulidad del instrumento de aceptación de la competencia de la CortelDH, la tendencia más generalizada apunta, a que es la propia CortelDH quien debe decidirlo.

Volviendo al rol de los tratados internacionales, una muestra de la tendencia que ha seguido la jurisprudencia constitucional en diversos países, reconoce la Corte Constitucional colombiana el valor de normativa interna que tienen los tratados que versan sobre derechos humanos y el carácter vinculante de su contenido, al señalar que «los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia no sólo son instrumentos de utilidad hermenéutica para los derechos y deberes consagrados en la Carta, sino que son legislación obligatoria de carácter interno por el hecho de haber sido incorporados al ordenamiento nacional a través de una ley de la República».

De este modo debemos afirmar, en coherencia con la integración de los tratados internacionales de los que un Estado es parte en virtud de su ratificación, las disposiciones directamente aplicables (*self executing*) de tales tratados, sin que estén condicionadas a un desarrollo legislativo o reglamentario, engendran derechos

y obligaciones para los particulares, que los órganos del Estado deben tutelar.

El bloque de constitucionalidad del derecho dominicano y la protección de los derechos fundamentales La expresión 'bloque de constitucionalidad', cuya construcción ha correspondido a la doctrina, se entiende, mayoritariamente, como el conjunto normativo constitucional que no se encuentra de manera exclusiva en el texto de la Carta Magna sino que se amplía para abarcar en su composición otras normas y principios del derecho positivo, que vienen a darle sustancia y contenido a esta nueva figura, confirmando a las normas que lo integran la misma jerarquía que la norma constitucional.

A tal efecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en su sentencia C-67-03, que la noción bloque de constitucionalidad pretende transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales. Señala, por otra parte, la Corte Constitucional colombiana, citando a Favoreau en torno al origen del concepto, que *«este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958»*. También Favoreau sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional francés de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de 'principios y reglas de valor constitucional' para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley». Agrega la Corte Constitucional colombiana en la referida sentencia, continuando con la cita de Favoreau, que fue en las decisiones del 19 de junio de 1970 y de 16 de julio 1971 donde el Consejo Constitucional francés reconoció el valor constitucional del preámbulo de la

Constitución del 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946³³⁶.

Sobre esta apreciación, que hace del precedente constitucional que versa sobre un contenido garantista- parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado Pellerano Gómez que, de acuerdo con la regla establecida en actual artículo 74 de la Constitución dominicana, que integra en el texto constitucional otros derechos de igual naturaleza no contenidos en ella, *«son derechos de igual naturaleza, los que recibieron tal calificación en alguna reforma constitucional anterior, al igual que los enumerados en las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos, con mayor fuerza cuando han sido adoptadas por los poderes públicos»*.

Una definición sobre el bloque de constitucionalidad, que recoge con mucha precisión el marco de participación del derecho internacional de los derechos humanos hacia lo interno de los ordenamientos jurídicos, es la que toma del Tribunal Constitucional español la ya citada Corte Constitucional de Colombia, que lo define como *«un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen»* (C-067-03). De cuya contextualización la Corte colombiana construye una definición propia al decir que se entiende como bloque de constitucionalidad *«aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y mandatos de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener*

336 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-063-03.

mecanismos de reforma diversos a las normas del articulado constitucional stricto sensu».

La jurisprudencia dominicana, en su labor de interpretar la relación del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno, ha hecho suyo el término acuñado por la doctrina –y que tiene su origen el Consejo Constitucional francés– de ‘bloque de constitucionalidad’, refiriéndose con él al conjunto de normas destinadas a consagrar derechos fundamentales y garantías, reconociendo como normas que lo integran, junto con los convenios, pactos y/o declaraciones, suscritos por la República Dominicana, el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo igual rango a todas las normas que lo componen.

Así, en sentencia del 23 de octubre del 2005, la Suprema Corte de Justicia ha señalado *«que en cuanto al argumento de la impetrante en el sentido de que la regla del pago previo contemplada por los artículos 63, 80 y 143 del Código Tributario violenta ciertos preceptos constitucionales como son el de tutela judicial o acceso a la justicia, el derecho de defensa, el de razonabilidad y de la igualdad, esta Corte al analizar el contenido de los referidos artículos reitera el criterio emitido en decisiones anteriores rendidas por la Tercera Cámara de la Suprema Corte de Justicia, en el sentido de que dichos textos consagran un requisito que condiciona o restringe el acceso de las personas ante la justicia tributaria, ya que estos textos establecen de forma imperativa el principio del ‘pague y después reclame’, lo que equivale a decir, ‘pague para que se le permita ir a la justicia’, situación que a todas luces constituye un valladar u obstáculo al derecho fundamental de la tutela judicial, efectivamente garantizado por nuestra carta magna en su artículo 8, acápite j) ordinal 2, así como por el artículo 8, numeral 1° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, debidamente ratificada por nuestros poderes públicos, texto que al igual que*

el anterior trata de las garantías judiciales y que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, los que evidentemente han sido violentados por la regla del pago previo».

15.2 Los efectos de la Convención Americana de Derechos Humanos en el Derecho dominicano

Cabe recordar que la Constitución dominicana hace una declaración inequívoca del carácter enunciativo del catálogo de derechos fundamentales; señalando al referirse a los criterios de reglamentación e interpretación en el artículo 74, que los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución «1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza»³³⁷. De tal suerte que abre las puertas para que el catálogo de derechos y garantías sea complementado con otras normas que, por el valor del bien jurídico tutelado, puedan considerarse dentro de los derechos fundamentales, en cuya complementación habrá de jugar el rol de mayor importancia el bloque de constitucionalidad en los términos en que ha sido definido precedentemente³³⁸.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos -que está dividida en tres partes: dedica la segunda, a partir del artículo 33, a los medios de protección y la tercera contiene las disposiciones generales- recoge en su primera parte el catálogo de derechos y garantías a cuya tutela se obligan los Estados parte.

337 Señala Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 39-40: «la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo, sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo»..

338 Plantea Ferrajoli, *ibídem*, p. 38, que «de la parte sustancial de la Constitución [...] [o sea de la parte dogmática que contiene los derechos fundamentales], son, por decirlo así, titulares, más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales. A ello se debe la imposibilidad de que sean modificadas por decisión de la mayoría».

La reforma constitucional del año 2010 supuso, en la República Dominicana, un ejercicio de ajuste del derecho interno con el catálogo contenido en la Convención. En esa reforma se consagraron el derechos y garantías que las viejas constituciones habían olvidado como, por mencionar alguna, la 'presunción de inocencia' (que en cartas magnas dominicanas anteriores sólo se hacía referencia como derecho a no declarar contra sí mismo), que ahora exige en el artículo 69, el derecho a ser tratado como inocente hasta que sobrevenga sentencia firme e irrevocable, disponiendo que toda persona tiene "3) *El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable*".

Otro ajuste con la Convención que hizo el constituyente dominicano en 2010, fue la obligatoriedad de que todo acusado de un hecho penal de determinada importancia deba ser asistido por un abogado (que si bien el artículo 8 en su literal j del inciso 2, establecen la garantía del derecho de defensa, no había una expresión exacta que señale que esta previsión abarca este derecho a un abogado -aunque tradicionalmente pudiera haberse asumido de este modo y el Código Procesal Penal recogió esta garantía-), más da un paso adelante la reforma del 2010, al constitucionalizar la Defensa Pública (art. 176), establecer la asistencia legal gratuita, que puede alcanzar incluso a la víctima de una delito (art. 177), el derecho del arrestado a la inmediata llamada, que puede ser a su abogado (art. 40.4) y derecho de defensa en juicio (art. 69.4). Con lo que ajusta de manera detallada y reforzada la garantía de asistencia letrada en el juicio penal para la persona imputada.

Respecto a la "prohibición de la esclavitud y la servidumbre", de cuyas modernas manifestaciones hemos hecho algunas referencias anteriormente, el constituyente dominicano en múltiples reformas del pasado había excluido la noción, pero en el 2010 la rescata, volviendo a consagrarla en su artículo 41, junto a las prohibiciones de la trata y tráfico de personas.

El “derecho de rectificación o respuesta” (frente a la difusión de informaciones inexactas que afecte la dignidad, la honra o el buen nombre de una persona), ha entrado dentro de esa gama de derechos que hizo su tránsito del derecho internacional a la Constitución dominicana en el artículo 49.4. además del reconocimiento del “derecho al nombre” (que solo lo recogía la Ley núm.136-03 como un derecho de la niñez), ahora pasa a tener protección constitucional como parte del derecho a la personalidad y el amplio repertorio de los derechos de familia del artículo 55.

En fin, la reforma de 2010 supuso un importante proceso de acercamiento al glosario de derechos que la Convención Americana y otros pactos internacionales de derechos humanos; ampliando considerablemente el catálogo de derechos y estableciendo garantías que antes brillaban por su ausencia, como la acción de amparo (artículo 72) el *hábeas data* (artículo 70), el *habeas corpus* (artículo 71), el control de constitucionalidad en su doble modalidad -concentrado (artículo 185) y difuso (artículo 188)-, control preventivo de los tratados. Conservando, aun así, la cláusula de los derechos implícitos que antes hemos mencionado.

15.3 La jerarquía de las fuentes normativas y la internacionalización de los derechos fundamentales

La ubicación de la norma internacional en el sistema de fuentes debe conducir al examen de orden jerárquico del conjunto de normas que lo integran. Determinación que permite al juzgador tomar partido acerca de cuál de las normas debe prevalecer, en caso de presentarse algún conflicto sobre la aplicabilidad de una norma interna y otra internacional que entren en contradicción. Si bien la Constitución dominicana ha planteado la solución respecto a los tratados que, como la Convención, versan sobre derechos humanos, estableciendo un criterio de igualdad jerárquica entre tales tratados y la Constitución. Así establece el artículo 74.3, 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”.

Pero la solución planteada por la propia norma constitucional no elimina el escenario de posibles choques normativos entre el ordenamiento interno y el internacional. De hecho, la jerarquía constitucional de estos determinados tratados genera mayor controversia en relación a las confrontaciones de normas, ya que, si bien se trata de listar derechos humanos, de hecho, estamos en presencia de ordenamientos jurídicos diferenciados en el que la reforma y adecuación de uno -el internacional- está vedado al legislador interno. Por demás, ese mismo ordenamiento plantea dificultades de control de constitucionalidad, al Tribunal Constitucional, que si bien tiene un control de constitucionalidad preventivo (artículo 185.2 de la Constitución), parece conservar facultades a posteriori de control de constitucionalidad cuando la Ley núm.137-11, en el párrafo del artículo 57, establece la posibilidad de examen posterior a la ratificación a los tratados internacionales, a condición de que no sea por los mismos motivos que ya el TC reconoció su constitucionalidad en el control preventivo. Esto último plantea la misma dificultad para los órganos judiciales en el ámbito del control difuso de constitucionalidad.

Ante la disyuntiva salta a la vista, en un primer momento, el compromiso que han asumido los Estados entre sí para la regulación del cumplimiento de los acuerdos internacionales, como el que señala la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que, en su artículo 27, plantea un marco referencial acerca del lugar que se debería dar a la norma internacional con respecto al derecho interno³³⁹. En tal sentido se asume una prohibición de que los Estados dejen de aplicar el contenido de un tratado del que son partes anteponiendo su derecho interno para justificar su inaplicación. Se tiende de este modo a colocar los instrumentos

339 De conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

supranacionales en una posición privilegiada dentro del sistema de fuentes con respeto al derecho interno³⁴⁰. Si se asume de manera categórica, y sin excepciones, tal posicionamiento del ordenamiento internacional necesariamente habrá de implicar la afectación de todo el sistema normativo estatal, al imponérsele una adecuación automática -sin que sea necesaria más labor del legislador que la ratificación- sobre las diversas materias sobre las que versan los tratados. Esta situación, de aplicación inmediata del tratado -y de automodificación del derecho interno por efecto del contenido del tratado-, ha dado origen a doctrina en torno al tema de la posición que ocupan estas normas supranacionales.

Con carácter previo debe recordarse que ya ha quedado determinado el valor normativo del derecho internacional en el ámbito interno de los Estados y, en este contexto, la Constitución dominicana ha establecido en su artículo 26 tal intención al declarar su aplicabilidad tras la ratificación. Además, como se ha indicado, la Constitución dominicana establece una suerte de categorización del sistema de fuentes normativas internacionales, por lo menos, en cuanto a los relativos a derechos humanos, que equipara a los contenidos de la Constitución misma. No queda claro, qué ocurre con los demás compromisos internacionales suscritos y ratificados por el Estado, que si bien parece establecerse que tienen un rango infraconstitucional³⁴¹ y por tanto pasibles de ser sometidos a control de constitucionalidad, se aviva la polémica, dadas las indicadas previsiones del artículo 27 de la Convención de Viena.

340 Al asumir esta posición la Convención de Viena impone a los Estados un examen previo de la conformidad del tratado con su derecho interno, asumiendo que después de ratificado el único remedio posible sería la denuncia del tratado.

341 «Esta regulación de las fuentes -plantea Ignacio de Otto, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, ya citado, p. 83- es sin duda algún contenido obligado de la Constitución, hasta tal punto que en la concepción kelseniana la Constitución en sentido material se define como norma reguladora de la creación de normas por los órganos superiores del Estado». Aunque, por otro lado, agrega el malogrado profesor español, esto no quiere decir que la Constitución contenga siempre la regulación el sistema de fuentes.

Con el posicionamiento que se les otorga a las normas de derecho internacional, de supremacía sobre el derecho interno, se plantea cuál sería la situación que genera una confrontación con una ley interna. En este sentido es opinión mayoritariamente aceptada que cuando se genera el conflicto con una ley interna de carácter adjetivo, el tratado internacional impone su contenido sobre ésta, con lo que se le está reconociendo un lugar superior al de las leyes ordinarias. Pero cuando el conflicto se genera entre un tratado internacional que versa sobre derechos fundamentales y la Constitución, como norma de derecho interno que es, la solución no parece tan sencilla.

Para poner en perspectiva el tema de posible confrontación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, importa destacar el carácter universal de los derechos humanos. Sobre este particular debemos acotar, con Cançado Trindade, que fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 la que «*marcó el punto de partida del proceso histórico de generalización de la protección internacional de los derechos de la persona humana*», y, podríamos afirmar, que los posteriores acuerdos, tanto universales como regionales, se encargaron de consolidar ese marco garantista, que había inaugurado la Declaración, con los compromisos asumidos por los Estados. En este sentido señala Cançado Trindade que los grupos de trabajo para la redacción de la Declaración Universal «no dejaron margen de dudas en cuanto a sus premisas básicas: los derechos humanos fueron claramente concebidos como inherentes a la persona humana (de ese modo anteriores y superiores al Estado y a toda forma de organización política), a todos los seres humanos, y, como corolario, la acción en su salvaguardia no podría ser considerada como agotándose en la acción del Estado»³⁴².

En su voto concurrente de la sentencia del 8 de agosto del 2000 - “Caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la

342 Antônio Cançado Trindade, *La Universalidad de los Derechos Fundamentales*, p. 61.

República Dominicana”- Cançado Trindade planteó, con respecto a la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos, que *«a pesar de ser el desarraigo un problema que afecta a toda la comunidad internacional (concepto éste que ya ha sido respaldado por la doctrina contemporánea más lúcida del derecho internacional), sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, sin parecer darse cuenta de que el modelo westfaliano de dicho ordenamiento internacional se encuentra, ya hace mucho tiempo, definitivamente agotado. Es precisamente por esto que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad en razón del carácter global del desarraigo, por cuanto siguen aplicando al mismo sus propios criterios de ordenamiento interno»*. En este voto concurrente el juez critica de manera enfática lo que él llama «un descompás entre las demandas de un mundo globalizado y los medios de protección de un mundo atomizado».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en clara referencia a ese carácter vinculante del contenido del Pacto de San José y al posicionamiento de éste en el sistema de fuente, ha afirmado:

“La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de esta por el Estado Parte, en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”³⁴³.

La jurisprudencia constitucional dominicana ha venido diciendo respecto a la integración del derecho internacional al sistema de

343 Corte IADH. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Villagrán Morales y otros (caso de los “niños de la calle”), § 235.

fuentes que, "11.1. El derecho internacional es una de las principales fuentes de derecho de la República Dominicana. En este sentido, la Constitución expresamente establece que la República Dominicana, como Estado miembro de la comunidad internacional, "reconoce y aplica las normas de derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado" (Sentencia TC/0061/15, de fecha 30 de marzo de 2015 «§11.1).

Para luego agregar en la misma sentencia que "11.2. Los convenios internacionales, como fuente de derecho interno, generan derechos y obligaciones para los Estados Partes. De ahí que, una vez que estos hayan superado el procedimiento de suscripción y aprobación constitucionalmente previsto, se erigen como ley entre los Estados Partes, quedando prohibida la invocación de normas del derecho interno para incumplir con las obligaciones estipuladas en los mismos. De ahí que, para el cumplimiento de estas obligaciones acorde con las previsiones constitucionalmente establecidas, el control preventivo de constitucionalidad constituye un instrumento de vital importancia en la preservación del Estado de Derecho, donde la Constitución constituye la ley suprema."³⁴⁴

Observar que, en el referido criterio, se hace un tratamiento general de los tratados, se hace el reconocimiento del carácter superior del derecho internacional sobre las normas de derecho interno; pero, en el marco del control preventivo de constitucionalidad, se deja establecido el lugar superior que ostenta la Constitución para que se pueda admitir a ratificación. La posición del tribunal Constitucional coloca nueva vez sobre el tapete la discusión sobre una noción de derecho interno sometido al ordenamiento internacional que ha aprobado el Estado, pero que excluye a la Constitución de ese sometimiento por su carácter cimero. Con esto se abre siempre la posibilidad del escenario de confrontación.

344 Sentencia TC/0061/15, de fecha 30 de marzo de 2015.

Lo anterior hace parecer, además, que aún siguen vigentes los criterios de la jurisprudencia constitucional dominicana previa a la reforma constitucional de 2010 que, al referirse al sistema de fuentes y al lugar que ocupan los tratados internacionales, ha señalado *«que con-viene precisar, antes del análisis de la incidencia de las convenciones mencionadas sobre la ley cuestionada, cuya superioridad se aduce frente al Derecho interno por ser aquellas normas del derecho Internacional, que el derecho Interno, por oposición al primero, es el conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado de que se trate, lo que obvia y necesariamente incluye la Constitución del Estado de que se trate, por lo que resulta impropio afirmar que la Convención prevalece sobre todo el derecho interno de la Nación dominicana, en razón de que ninguna norma nacional o internacional puede predominar por encima de la Constitución, que es parte, la principal, de nuestro derecho Interno [...] de lo que se infiere que [amén de la integración de las garantías de los derechos fundamentales contenidas en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional] frente a una confrontación o enfrentamiento de un tratado o convención con la Constitución de la República, ésta debe prevalecer, de lo que se sigue que para que una ley interna pueda ser declarada inconstitucional, no es suficiente que ella contradiga o vulnere una convención o tratado del que haya sido parte el Estado Dominicano, sino que es necesario que esa vulneración alcance a la Constitución misma, salvo el caso que se trate de una suposición sobre derechos humanos comprendida dentro del bloque de constitucionalidad»*³⁴⁵.

Acerca de la disyuntiva sobre el orden de prevalencia ante el conflicto de un tratado internacional con la Constitución de la República, destacaba Subero Isa que *«en virtud del principio de la supremacía de la Constitución, ninguna disposición legal adjetiva, incluyendo los tratados, pactos y convenciones internacionales,*

345 SCJ, sentencia de 9 de febrero del 2005, acción de inconstitucionalidad sobre la Ley de Áreas Protegidas.

*suscritos y ratificados por el país, ni mucho menos ninguna decisión o resolución de órganos u organismos internacionales o supranacionales, pueden estar por encima ni ser contraria a la Constitución»³⁴⁶. Siendo reiterativa la posición que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se asume en torno a la primacía de la Constitución y la imposibilidad de que cualquier otra norma pueda transgredirla sin sucumbir ante ella, en franca ratificación de la importante posición asumida en 1803 por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, en el caso *Marbury vs Madison* acerca del carácter supremo del texto de la Constitución. De tal suerte que, como explica Hans Kelsen, al exponer la pirámide jurídica: «la norma que determina la creación de otra es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación es inferior a la primera»³⁴⁷.*

15.4 La constitucionalización de los derechos fundamentales en la República Dominicana y su protección judicial en amparo

Hablar del proceso de configuración y afianzamiento de una figura jurídica como el amparo en la República Dominicana y en cualquier otro país de Latinoamérica, no es posible sin tomar en cuenta, en primer lugar, la convulsa historia por la que han atravesado para trillar caminos que los conduzcan a formalizar sus proyectos de Estado constitucional de derecho y de afianzamiento de sus respectivos sistemas democráticos. Sobre esta perspectiva apunta Ferrer Mac-Gregor que «a pesar de las dictaduras y del recio régimen presidencialista que ha caracterizado a América Latina, el desarrollo progresivo en la protección de los derechos humanos constituye uno de los avances más representativos de la segunda mitad del siglo pasado». Esto se debió, según lo planteado por el citado autor, a que «también de manera paulatina los

346 Jorge A. Subero Isa, Discurso Conmemorativo Día del Poder Judicial. Audiencia Solemne del 7 de enero de 2006. p. 17.

347 Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 9ª edición, Temis, Bogotá, 2003, p. 381.

ordenamientos nacionales sentaron las bases de sistemas internos de control constitucional, incorporando en los textos fundamentales instrumentos específicos para su defensa. De esta forma se configura un sistema procesal subsidiario y reforzado en la protección de los derechos humanos»³⁴⁸.

La Constitución dominicana, en su reforma de 2010, incorporó a su texto las garantías del amparo y el habeas data que, junto a otras ya existentes como el habeas corpus, el control de constitucionalidad concentrado y el control difuso (que en esa reforma de 2010 fue identificado como tal en el artículo 188), vienen a conformar un plus de garantías de la supremacía constitucional y de aspiración a una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

Algunos de estos mecanismos de tutela, como hemos dicho, que han estado presentes desde el nacimiento mismo de su vida republicana como nación libre y soberana en 1844 –disponía el artículo 35 de la Constitución del 6 de noviembre de 1844 que «no podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer» y que colocaban incluso en manos del órgano judicial el control de la eficacia (y por ende de la validez) de las normas en función de su conformidad con el texto legal de superior jerarquía; disponiendo, en tal sentido, el artículo 125 de esta primera Carta Política que «ningún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto sean conformes a las leyes». Instaurándose de esta manera, al menos en el ámbito legislativo,

348 Eduardo Ferrez-Mc-Gregor, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 145. Sobre la subsidiariedad en el Derecho español, José Gabaldón López, "¿Hacia un Amparo Judicial?", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, ha recordado, en alusión a Rubio Llorente, que «al recurso de amparo, instrumento procesal de protección de esos derechos [fundamentales], le es aplicable el calificativo de subsidiario, o sea que no es un recurso que pueda ser elegido en lugar de otros, sino al que sólo cabe acudir cuando, pese a haber agotado todas las posibilidades procesales ordinarias, se hace indispensable para impedir la vulneración de un derecho fundamental».

un mecanismo de contrapeso entre los poderes del Estado que debió estar llamado a desarrollar un régimen garantista en la interrelación de los órganos de gobierno con la población³⁴⁹.

La Constitución dominicana de 1844 -como instrumento derivado de los modelos constitucionales de aquella época- contiene un catálogo de derechos fundamentales que, aunque no recogía aún figuras jurídicas como el *hábeas corpus* y otras similares al amparo que ya se manejan en textos constitucionales de otras naciones, se alterna en su redacción con diversas garantías que procuran satisfacer la tutela y efectividad de aquellos derechos. Por otra parte, la declaratoria de supremacía se constituyó en una constante en nuestro texto constitucional -junto al catálogo de derechos fundamentales y garantías individuales-. Así, encontramos ejemplos emblemáticos en las diversas reformas constitucionales que han coincidido con acontecimientos de trascendental importancia para nuestra vida republicana. Podemos mencionar en tal sentido la constitución de 1908, que en su artículo 63, inciso 5to, disponía como competencia de la Suprema Corte de Justicia "5º. *Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sea materia de controversia judicial entre partes*". De igual modo, los textos constitucionales votados a raíz de la finalización de la intervención armada norteamericana (1916-1924) ratificaran tales facultades en manos del alto tribunal. Si observamos la reforma realizada en 1924, en su artículo 40 prescribía la nulidad de toda ley, decreto, reglamento y actos contrarios a la Constitución; mientras que coloca a cargo de los órganos jurisdiccionales (art. 61, inciso 5) el control de la constitucionalidad de las normas por vía difusa. Disponiendo sobre este último aspecto que correspondía a la Suprema Corte de Justicia «*decidir en último recurso sobre la constitucionalidad*

349 Resulta interesante a los fines del cambio de paradigma con respecto al término 'ciudadano' en relación con la protección de los derechos fundamentales, la tesis que desarrolla Ferrajoli en la obra, ya citada, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*.

*de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos en todos los casos que sean materia 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; y, en interés de general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios»³⁵⁰. Agregando en aquella reforma, junto a la facultad de control incidental -en el curso de un proceso *inter partes*-, la competencia para una acción directa de constitucionalidad de las leyes en interés general, como ya lo planteaba Hans Kelsen para la Constitución austriaca, sólo que nuestro caso la facultad se le otorgaba al máximo tribunal del orden judicial.*

Del mismo modo, la reforma de 1924 recoge en su artículo 7 las previsiones que ya se consagraron en la Enmienda IX a la Constitución de los Estados Unidos de América, que no conocemos

350 Si bien la actividad de la jurisprudencia fue bastante limitada en materia de control de constitucionalidad para la época comentada, resulta interesante la sentencia de 5 de febrero de 1930, que, juzgando sobre la constitucionalidad de un reglamento, tutela la garantía de irretroactividad de la norma. En esta sentencia, que se genera en un momento histórico caracterizado por las pugnas políticas y alzamientos armados catalogados de subversivos, la Suprema Corte de Justicia dejó sentado algunos señalamientos entorno al uso de los derechos, la competencia para dictar norma y rol de la garantía de irretroactividad, que detallamos a continuación: a) la capacidad de los Ayuntamientos para dictar reglamentos (en el caso de controversia sobre los cementerios), en virtud del servicio policial que les imponía la constitución; b) establece que los ayuntamientos hacen uso de esa autoridad, cuando dicta reglas tendientes a evitar que las inscripciones tumularias pueden servir para demostraciones extrañas a los sentimientos de respeto y de afecto hacia los difuntos, que se acostumbra expresar en ellas; c) se refiere a la libertad de expresión cuando esta no usa los canales habilitados para la misma, señalando que esas reglas no violan el derecho de libre expresión del pensamiento, reconocido por la Constitución como inherente a la personalidad humana, porque el derecho que adquiere el propietario de una porción de terreno en un cementerio, no conlleva el de hacer de ese lugar el uso que le plazca al adquirente; sino aquel a que está destinada; servir al enterramiento, y de asiento a una construcción adecuada a ese objeto. De otro modo había que admitir que se tiene el derecho de colocar en una tumba de la cual es propietario, cualquiera inscripción, lo mismo las que fueran contrarias a las buenas costumbres, o sediciosas, que las que fueren injuriosas difamatorias para determinadas personas, o colectividades. Lo cual es evidentemente absurdo; d) En cuanto al efecto retroactivo del reglamento impugnado señala que: I.- que el Reglamento atacado de inconstitucionalidad dice en su artículo 3º: «Dentro de los treinta días de la publicación del presente

como cláusula de los derechos implícitos, en la que se dispone el carácter no limitativo del catálogo de los derechos enunciados en la Constitución. Disponía el artículo 7 que *“la enumeración contenida en el artículo 6³⁵¹ no es limitativa, y por tanto no excluye la existencia de otros derechos de igual naturaleza”*. Desde entonces esta cláusula se ha mantenido como componente esencial de la parte dogmática de la Constitución dominicana³⁵².

Esta reforma recoge la institución del hábeas corpus, como garantía de la tutela del derecho fundamental de libertad individual, que ya había sido instituida por la ley n° 5353 del 22 de octubre de 1914, reconociendo a esta figura con su inclusión en la Carta

reglamento, el Guardián del Cementerio deberá levantar, y entregar al Síndico un inventario de las inscripciones existentes, con indicación de las que, conforme a las instrucciones de la Sindicatura merezcan ser observadas o su escritura o su redacción»; en su artículo 4° prevé: «El síndico deberá requerir a los dueños de las tumbas en que aparecen actualmente inscripciones incorrectas o contrarias al buen orden, a la modernización o al respecto debidos a los muertos, o que sean susceptibles de provocar comentarios apasionados o actos de violencia, para que en el término de quince días destruyan dichas inscripciones. La falta de cumplimiento de la citada orden, en el término indicado, constituye una contravención, que se castigará con las mismas penas señaladas en el artículo 2 del presente reglamento»; y en el artículo 5° argumenta: «En los casos previstos por los artículos 2 y 4 y en vista del incumplimiento por parte del dueño de la tumba del requerimiento de la Sindicatura, ésta deberá ordenar que la destrucción de la inscripción se haga por la administración municipal con cargo al mismo dueño de la tumba; II.- que la no retroactividad de las Leyes es en la República un principio constitucional, que se encontraba expreso en la Constitución de 1927 en el artículo 42; III.- que según el artículo 40 de la misma Constitución y de la que rige actualmente, serán nulos de pleno derecho toda Ley, Decreto, Reglamento y acto contrarios a la presente Constitución; IV.- que los reglamentos municipales son Leyes que rigen solamente en la jurisdicción del Gobierno municipal, y que no podrían tener efecto retroactivo puesto que no pueden tenerlo las leyes generales; V.- que en el caso del Reglamento sobre inscripciones tumularias del Ayuntamiento de Santiago, no se ha tenido en cuenta el principio constitucional de la no retroactividad, al someter a sus disposiciones inscripciones que existían desde fecha anterior a su publicación, lo cual es contrario a la Constitución; VI.- que al ser condenada dicha señora por no haber obtemperado al requerimiento del Síndico de que hiciera desaparecer la inscripción que había hecho poner en la tumba de su esposo desde el año mil novecientos quince, se aplicó el reglamento municipal retroactivamente».

351 El artículo 6 de la Constitución de 1924 recogía el catálogo de los derechos fundamentales.

352 En el artículo 7 de esta Constitución se señala el carácter no limitativo de la enumeración de los derechos individuales que desarrolla en el artículo 6, al disponer que «la enumeración contenida en el art. 6 no es limitativa, y por tanto no excluye la existencia de otros derechos de igual naturaleza».

Magna el carácter de constitucional que siempre le ha correspondido. El texto constitucional señala en tal virtud que *«toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona. La ley determinará la manera de proceder sumariamente en este caso»*.

Durante la dictadura de Trujillo, con todo y lo férreo del régimen, quiso mantenerse esa imagen -aunque ficticia- de la existencia de un Estado de derecho y no se prescindió, en las reformas constitucionales realizadas bajo su égida, de la enumeración de «derechos humanos» y de la consagración de figuras destinadas a sus garantías, tal y como lo muestra la reforma de 1955. Mantiene esta Constitución la enumeración de los derechos fundamentales con carácter enunciativo, que reformas anteriores habían consagrado; así como la declaración de supremacía de la Constitución mediante el pronunciamiento de nulidad de las demás normas contrarias a la misma (Art. 45). Pero no atribuye expresamente facultad al Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad de las normas.

La caída en 1961 de la dictadura trajo consigo un período convulso en la búsqueda de encarrilar la nación hacia la vida democrática -que involucró golpe de Estado, guerra civil, intervención militar extranjera-, pero la consagración constitucional de las garantías y de los derechos fundamentales no sufrió mayores alteraciones (Constitución de 1966). Ya para la reforma de 1994 se dio un paso trascendental para la tutela de los derechos al establecer un mecanismo de control sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo y del Legislativo, del que no escapan los actos de los gobiernos municipales, al instituirse el control de constitucionalidad por vía de acción concentrada en manos de la Suprema Corte de Justicia (Art. 67.1), mientras se dejaba subsistir la prohibición de aplicación de cualquier norma contraria a la Constitución en manos de los demás jueces del tren judicial (control difuso), pero manteniendo

inalterable el catálogo de los derechos fundamentales y el marco de las garantías hábiles para hacer efectivos tales derechos.

El texto constitucional –en sus diversas reformas- ha incluido de forma progresiva figuras que son de trascendental importancia para la tutela de los derechos fundamentales, como el control de constitucionalidad de las normas y también el *hábeas corpus*, en un primer momento, para más modernamente agregar otros mecanismos de tutela, como la acción de amparo, el *hábeas data* y el control difuso de constitucionalidad.

Algunas de estas figuras de garantías constitucionales fueron reconocidas como tales, antes de que el Constituyente las consagrara expresamente en la norma suprema. Se vio en su momento a la jurisprudencia, saldando el obstáculo de la omisión del constituyente, para reconocer su vigencia y eficacia en el ordenamiento interno; como ocurrió con la acción de amparo en la República Dominicana, que fue objeto de ese reconocimiento jurisprudencial, asumiéndola con las características exhibidas por el artículo 25. 1 del Pacto de San José³⁵³. En este tenor la Suprema Corte de Justicia, en la sentencia de 24 de febrero de 1999 reconoció de manera expresa al recurso de amparo como una institución del Derecho dominicano por estar contenida en un instrumento internacional ratificado por los poderes públicos de la República. Por lo que se afirma, y así lo ha ratificado la Suprema Corte, que el recurso de amparo tiene para la República Dominicana su fuente normativa en el Derecho internacional, encontrándose tanto en la Convención Americana como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La Convención Americana lo consagra en su artículo 25, inciso 1, disponiendo: *«toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y*

353 En varios países de Latinoamérica encontramos los orígenes judiciales del amparo, como el caso de Argentina, donde –refiere Pedro Arberastury- el 27 de diciembre de 1957 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia y receptó pretorianamente la procedencia del amparo como acción procesal que tutela los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». Mientras que el Pacto de las Naciones Unidas dispone en el literal a) del inciso 3, artículo 2: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

Así, la República Dominicana adopta como un componente básico del bloque de constitucionalidad una institución jurídica como el amparo, que ya había encontrado sus primeros cimientos, en el ámbito americano, hacia 1840 en México, al ser incluido en la Constitución de Yucatán³⁵⁴ pero que fuera de este primer paso -tal y como lo plantea Luciano Pichardo- *«su integración en la práctica judicial de los pueblos del nuevo continente se inicia no por vía de la ley sino de la jurisprudencia»*. Sobre lo que se puede agregar, pretendiendo identificar la causa y siguiendo las expresiones del citado autor, que éste fenómeno se desencadena *«frente a la necesidad de la existencia de un mecanismo efectivo, al lado de los procedimientos ordinarios que, de manera expedita y rápida, sirviera de remedio a las arbitrariedades y excesos de las autoridades y particulares contra los ciudadanos en sus derechos esenciales»*.

De esta manera en la República Dominicana, como se ha podido apreciar, le ha tocado primeramente a la jurisprudencia por fuerza de necesidad de garantías -al igual que en otros países en su labor de interpretación de las normas-, identificar la vigencia de

354 Eduardo Ferrer-McGregor, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., apunta que -en adición a éste primer paso- la acción de Amparo mexicana quedó incorporada de manera definitiva, a nivel nacional, en la Constitución federal de 1857.

esta institución jurídica a partir de los tratados internacionales en que se encuentra contenida y, posteriormente, al Poder Constituyente incorporar el amparo a la Constitución. En la reforma de 2010 quedó establecida la figura del amparo en los siguientes términos:

"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."

El reconocimiento del amparo como garantía constitucional la sustrae de la disponibilidad «de las decisiones de la mayoría», revistiéndola de protección en relación a su contenido esencial propio. En tal sentido, expresa Ferrajoli que "[l]a forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de los derechos se revela, en otras palabras, como la técnica -o garantía- prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado fundamental. Es decir, esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa de ese artificio que es el Estado»³⁵⁵.

355 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 35 y 36.

Con este reconocimiento se ha dado un paso trascendental para la garantía tanto del acceso a la justicia como en los alcances de su administración. En consecuencia, con la adopción del amparo, parafraseando a la doctrina española, «*los jueces ordinarios son... [en la República Dominicana] jueces de la constitucionalidad, y no sólo porque deben inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución, interpretar las leyes de acuerdo con ella [...], sino además porque el Poder Judicial es el protector inmediato y eficaz de todos los derechos y muy en particular de los derechos fundamentales*»³⁵⁶.

Hasta la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales, No. 137-11, del 13 de junio de 2011, que recoge el procedimiento para el amparo (entre otros procesos constitucionales), habíamos contado con leyes como la 437-06, de 5 de diciembre de 2006 establecida como una ley especial de amparo, la ley No. 13-07, que matizaba el ámbito de competencia del amparo en materia administrativa. La legislación dominicana ya contaba con disposiciones relativas al amparo para la cuestión del Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley núm.136-03) del año 2003, que en su artículo 325 dispone:

“Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a interponer ante el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes un recurso de amparo, cada vez que se sienta lesionado en el ejercicio de un derecho consagrado y protegido por la Constitución, tratados internacionales y este Código, a cuyos fines procederá conforme a los plazos y procedimientos establecidos para dicho recurso en el derecho común”.

Con la adopción del amparo en la Constitución dominicana y con el conjunto normativo que lo desarrollan, se abren nuevos horizontes a la protección de los derechos de las personas viabilizando el

356 José Gabaldón López, “¿Hacia un Amparo Judicial?”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, pp. 19-20.

objetivo primario que el Constituyente plasma, en la norma constitucional, como fin de la existencia del propio Estado, a saber:

*“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.”*

CAPÍTULO 16. Evolución de la acción de amparo en la República Dominicana

Hermógenes Bienvenido Acosta

El amparo es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales que fue originalmente instituido mediante un instrumento jurídico internacional, específicamente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, en la conferencia especializada sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969³⁵⁷.

Sin embargo, el procedimiento de la acción de amparo se regula muchos años después de su integración al ordenamiento nacional, ya que el mismo se consagró mediante Resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 24 de febrero de 1999. Dicha

357 En efecto, el artículo 25.1 de la referida Convención establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso rápido y sencillo o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Aun cuando la República Dominicana es signataria de la Convención, no es sino en el año 1977 cuando la misma pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno, ya que fue en dicho año que el Congreso Nacional la ratificó. Cabe también destacar que aunque la figura del amparo podía ser invocada desde la fecha en que fue ratificada por el Congreso, hasta el año 1999 la misma fue letra muerta, ninguna persona hizo uso de ella, en razón de que no existía procedimiento.

Resolución rigió el procedimiento hasta 2006, cuando fue promulgada la Ley núm. 437-06, la cual estuvo vigente hasta el 15 de junio de 2011, cuando se promulga la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales. En los párrafos que siguen analizaremos el contenido de las referidas normativas procesales con la finalidad de destacar los avances logrados en la materia.

16.1 Resolución dictada el 24 de febrero de 1999, por la Suprema Corte de Justicia

Hay discrepancia respecto del momento en que se regula por primera vez la acción de amparo, pues se plantea que antes de la referida Resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 24 de febrero de 1999, ya dicha acción existía³⁵⁸.

358 La Suprema Corte de Justicia estableció en la Resolución de fecha 24 de febrero de 1999, el siguiente procedimiento: “**Resuelve: Primero:** Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; **Segundo:** Determinar: **a)** que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; **b)** que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; **c)** el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; **d)** la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; **e)** el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; **f)** los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas. **Tercero:** Declarar que no procede, en el caso de la especie, estatuir sobre el pedimento de sobreseimiento en razón de que corresponde al juez apoderado de lo principal pronunciarse sobre dicho pedimento; **Cuarto:** Ordena que la presente Resolución sea comunicada al Magistrado Procurador General de la República, para los fines de lugar”. Sin embargo, un sector de la doctrina sitúa el nacimiento del amparo dominicano en la Constitución del año 1966, particularmente en el artículo 8 de la misma. Conforme a dicho texto el Estado tiene la obligación de proteger efectivamente

16.1.1 Origen de la Resolución

La referida resolución fue dictada con ocasión de un proceso laboral, en el cual una empresa y su representante fueron condenados a pagar prestaciones laborales. En contra de las sentencias condenatorias se interpusieron dos recursos de apelación. Por otra parte, los recurrentes apoderaron a la Suprema Corte de Justicia de un “recurso de amparo”, con la finalidad de que el más alto tribunal judicial del país estableciera que el amparo era una institución del derecho dominicano y, además, que indicara el procedimiento que debía seguirse en la materia. Otro pedimento de los recurrentes fue la suspensión de la ejecución de las sentencias recurridas.

Los dos primeros pedimentos fueron acogidos; mientras que el tercero fue rechazado. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia estableció que el amparo era una institución del derecho dominicano, en el entendido de que la República Dominicana es signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que establece en su artículo 25.1 que los Estados Parte tienen la obligación de prever en sus ordenamientos un recurso sencillo y efectivo para sancionar la violación a los derechos humanos.

los derechos fundamentales. Para la doctrina que defiende la tesis anterior, la protección de los derechos fundamentales debía hacerse, como regla general, por la vía de los procedimientos previstos en el derecho común, dado el hecho de que para la época no existía un procedimiento especial; mientras que para determinados casos, sin embargo, sostenía que convenía seguir el procedimiento relativo al hábeas corpus, en el entendido de que los ordinarios no eran eficaces. Esta última postura no fue admitida por la Suprema Corte de Justicia, en razón de que consideraba que por la vía del hábeas corpus sólo se protegía la libertad de tránsito. Nosotros consideramos que para la época no había amparo, porque una cosa es que los tribunales tengan la obligación constitucional de proteger los derechos fundamentales y otra que la referida institución exista, ya que dicha existencia supone el diseño de un procedimiento especial y coherente con su naturaleza y, en particular, que sea sencillo y ágil. Tal procedimiento se instauró en nuestro país al final de la década de los noventa del siglo pasado, tal y como se expondrá más adelante. (Véase Hermógenes Acosta de los Santos, “El proceso de amparo en el nuevo modelo de justicia constitucional dominicano”, Revista Dominicana de Ciencias Jurídicas, año 1, No. 1, Julio-Diciembre, 2012, pp. 11-12.

Por otra parte, el alto tribunal estableció el procedimiento que debía seguirse en la materia, para lo cual se fundamentó en el artículo 29.2, de la Ley núm. 821, de fecha 21 de noviembre de 1927, sobre organización judicial, texto que lo faculta a diseñar procedimientos en las materias que adolezcan del mismo. En este orden, fueron previstos los aspectos procesales esenciales, en particular el órgano competente, la naturaleza del procedimiento, los actos objetos de dicha acción y los recursos.

16.1.2 La competencia

La competencia para conocer de la acción de amparo fue atribuida al juez civil de primera instancia, órgano judicial que debía seguir el procedimiento de referimiento³⁵⁹, en el entendido de que este procedimiento garantiza el principio de celeridad. En este orden, solo este tribunal tenía la competencia en la materia, lo cual con el transcurso del tiempo se reveló como una debilidad del sistema. Lo anterior se debió a que la protección de los derechos fundamentales quedó en manos de un juez civil, tal vez el menos idóneo para cumplir con esta tarea, dada la importancia que tienen las formalidades procesales en esta jurisdicción.

16.1.3. Carácter sumario del proceso

En la resolución se establecieron plazos breves para accionar, decidir y recurrir. Así, dicha acción debía incoarse en un plazo de quince días contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de la alegada violación. La fijación de la audiencia debía hacerse al tercer día de haberse recibido la instancia contentiva de la acción, mientras que el juez estaba en la obligación de decidir en los cinco días siguientes a la fecha en que el expediente quedara en estado de recibir fallo.

359 El referimiento es un procedimiento sumario previstos para resolver cuestiones urgentes y que está previsto en el artículo 101 y siguiente de la Ley 834, de 1978 y en otras leyes especiales

16.1.4. Los recursos

En torno a la vía para cuestionar la sentencia de amparo, en la resolución solo se hace referencia al recurso de apelación, el cual debía interponerse dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia. El tribunal de apelación debía observar el procedimiento sumario agotado en primera instancia. Es decir, que a nivel de segundo grado se mantenía el procedimiento, lo cual fue una decisión correcta del legislador, en la medida que era cónsona con el principio de celeridad³⁶⁰. En este sentido, se estableció que la sustanciación del proceso se haría en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo para dictar sentencia.

Muy distinta fue la situación del recurso de casación, puesto que, si bien esta vía recursiva no se menciona en la referida resolución, tampoco se prohibió, por lo que es de principio que estaba abierta en esta materia. Ante la ausencia de previsión, también era de principio que debía seguirse el procedimiento previsto en la ley sobre procedimiento de casación³⁶¹. De manera que no se tuvo en cuenta la naturaleza sumaria de la acción de amparo para esta etapa procesal, convirtiéndolo en ordinario, de lo cual se derivaron perjuicios para las partes, en particular, porque la solución del caso se prolonga de manera irrazonable.

360 Generalmente los procesos sumarios pierden su naturaleza con ocasión de la interposición del recurso de apelación. Esta situación se observa en materia de referimiento y en materia de incidentes de embargo inmobiliario, en la medida que a nivel de segundo grado jueces y abogados aplican a procedimientos sumarios las reglas propias de los procedimientos ordinarios. Consciente de lo perjudicial de esta práctica, hemos insistido en que no existen razones procesalmente válidas para que se produzca esta dañina mutación. (Véase al respecto Hermógenes Acosta de los Santos, "Inmutabilidad del procedimiento: Caso particular de los incidentes del embargo inmobiliario", *Gaceta Judicial*, año 12, No. 260, pp. 92-96)

361 El procedimiento de casación se rige por la ley No. 3726 de fecha 29 de diciembre de 1953, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 7646, del 13 de enero de 1954. Modificada por la ley No. 491-08, del 19 de diciembre de 2008, *Gaceta Oficial* No. 10506, del 20 de febrero de 2009.

16.1.5. Actos susceptibles del amparo

En lo que concierne a los actos objeto de la acción de amparo, la Suprema Corte de Justicia hizo propias las disposiciones del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual hace referencia a que el amparo procede contra todos los actos de las autoridades públicas, incluyendo las decisiones judiciales que violen derechos fundamentales. Sin embargo, excluyó de dicho ámbito dichas decisiones, tesis que es la que siempre hemos defendido. La justificación dada por la Suprema Corte de Justicia fue la siguiente:

(...) 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 (...).

16.1.6. Los poderes del juez

Otro aspecto no menos relevante es el relativo a que el juez de amparo tenía la potestad de ordenar, mediante auto, el archivo del expediente, cuando considerare que la acción fuere ostensiblemente improcedente. Este auto no era susceptible de recursos. Como se advierte, en la resolución de referencia se la daba al juez de amparo un poder discrecional amplísimo al momento de determinar si archiva o no el expediente, sobre todo, porque al auto dictado al efecto no era susceptible de recursos.

Con el paso del tiempo se reveló que el proceso establecido por la Suprema Corte de Justicia, si bien constituyó un significativo avance en la materia, tenía serias falencias, en particular, hubo aspectos esenciales del proceso que no fueron previstos, mientras que otras cuestiones fueron reguladas de manera incorrecta. Las referidas falencias fueron corregidas mediante la Ley núm. 437-06, la cual comentaremos en los párrafos que siguen.

16.2. Regulación legal de la acción de amparo

16.2.1. Ley núm. 437-06, sobre procedimiento de amparo

El procedimiento establecido por la Suprema Corte de Justicia fue sustituido en el año 2006, mediante la Ley núm. 437-06 del 30 de noviembre. Esta es la primera ley dictada en nuestro país en materia de amparo, con lo cual se le dio un nuevo impulso a este importante mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En los párrafos que siguen nos referiremos a los aspectos de esta ley que consideramos más relevantes.

16.2.1.1 La competencia

La cuestión de la competencia fue mejorada considerablemente, toda vez que la misma se le reconoció a todos los jueces de primera instancia; así como a las jurisdicciones especializadas que tuvieren una jerarquía equivalente a la de juez de primera instancia.³⁶² Esta modificación fue muy atinada porque las violaciones a derechos fundamentales se producen con mayor frecuencia en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública e igualmente en el ámbito penal y laboral. Mientras que en las relaciones comerciales las referidas violaciones son menos frecuentes, de lo cual resulta que el juez civil era y es el menos idóneo para manejar las particularidades propias de la acción de amparo.

³⁶² Artículos 6 y 7 de la ley 437-06, sobre la acción de amparo

Otro aspecto vinculado a la materia de la competencia, es la relativa a la excepción de incompetencia, la cual fue regulada de manera que no pudiera ser utilizada para obstaculizar el desarrollo racional del proceso de amparo. Lo anterior se desprende del contenido de los párrafos II y III, del artículo 7 de la ley comentada. En el primero de los textos se establece, por una parte, la obligación que tenía el juez que se declaraba incompetente consistente en identificar la jurisdicción que considera competente, la cual debía conocer el caso, ya que, de lo contrario incurría en denegación de justicia. Este mismo texto consagraba, por otra parte, que la decisión mediante la cual el juez se declara competente o incompetente no es susceptible de recurso.

En el segundo texto, el artículo 7, párrafo II, se consagraba que incurría en denegación de justicia el juez que se declara incompetente y no identifica la jurisdicción que considera competencia. Con estas previsiones el legislador creó las condiciones para que las partes y el propio juez no pudieran utilizar la excepción de incompetencia para retardar el proceso de amparo, cuestión que tiene una importancia capital en esta materia, en la medida que garantizaba la celeridad del proceso.

16.2.1.2. El papel activo del juez

Cónsono con la naturaleza de la acción de amparo, en esta ley le dio al juez un papel muy activo, a diferencia de lo que ocurre en la materia ordinaria y, en particular, en materia civil, en la cual el juez tiene un papel relativamente pasivo. Este papel activo estaba orientado a facilitar la prueba de los hechos alegados por el accionante. En este sentido, el juez de amparo puede celebrar medidas de instrucción e igualmente obtener datos, informaciones y documentos. Los poderes que se le reconocen al juez en este ámbito son amplísimos, sin embargo, tiene la obligación de respetar el

derecho de defensa y, a estos fines, estaba obligado a comunicar a las partes las pruebas obtenidas.³⁶³

En esta misma línea de pensamiento, el juez tenía poderes para requerir la colaboración de las personas morales y físicas en la tarea de probar las violaciones a los derechos fundamentales. En particular, dichas personas tienen la obligación de facilitar al juez los documentos e informaciones que este le requiriere, sin dilación y en los términos señalados por el tribunal³⁶⁴. Resulta negativamente notorio el hecho de que no se consagraba una sanción al eventual incumplimiento por parte de las personas morales y físicas, contrario a lo que ocurría cuando la obligación se pone a cargo de un funcionario público, ya que, si este no cumplía con su obligación, se le consideraba obstructor de la justicia; sin perjuicio de aplicar las sanciones prevista en el derecho común sobre la materia.³⁶⁵

El legislador, siendo coherente con su interés en facilitar las pruebas de las omisiones y hechos que constituyeran violación a los derechos fundamentales, estableció la libertad de la prueba y, en este sentido, se permitían todos los medios de pruebas previsto por la legislación nacional.³⁶⁶

En la línea de fortalecer los poderes del juez, el legislador faculta a este a suplir de oficio los medios de derecho.³⁶⁷ Aquí de lo que se trata es, como se sabe, de la aplicación del principio *iura novit curia*, según el cual corresponde a las partes explicar las cuestiones fácticas del caso y al juez determinar el derecho que se debe aplicar. Este es un principio que aplica en todas las materias, es decir, que no es exclusivo de procesos especiales como el que nos ocupa, aunque en estos el juez debe ser más activista que en el derecho común.

363 Artículo 17 de la ley 437-06

364 Artículo 18 de la ley 437-06

365 Artículo 19 de la ley 437-06

366 Artículo 16 de la ley 437-06

367 Artículo 21 de la ley 437-06,

16.2.1.3. Los recursos

Esta legislación previó, en su momento, dos recursos: el de casación y el de tercería. De manera que quedó suprimido el recurso de apelación y se instauró uno nuevo: el de tercería. Por otra parte, no se previó un procedimiento para el conocimiento de estos recursos, sino que el legislador remitió al derecho común, decisión legislativa que fue negativa, en la medida que desnaturalizaba el proceso. De esta forma, esto afectó la efectividad del mismo debido a que los plazos son más largos en el derecho común.

16.2.1.4. Carácter sumario del proceso

Una de las características que más se destaca en este proceso es su carácter sumario, característica que se corresponde con la naturaleza de la materia. El legislador previó plazos cortos para accionar, para fijar la audiencia, para escrito de defensa y para decidir. En efecto, el juez debe dictar auto fijando audiencia "(...) en un plazo no mayor de tres días"³⁶⁸, luego de recibida la instancia contentiva de la acción de amparo. La exégesis literal de la obligación puesta a cargo del juez nos conduciría a entender que el auto de referencia debe dictar en un plazo mayor de los tres días indicados. Pero tal interpretación carecería de lógica, toda vez implicaría que el juez puede cumplir con su obligación procesal en la fecha que quisiera, con la única limitación de que no puede ser antes de que transcurra en ya mencionado plazo.

En este orden, lo lógico es que entendamos que cuando el legislador estableció que el juez debía dictar auto en un plazo "mayor de tres días, lo que quiso decir fue que dicho plazo no podía ser mayor de tres días.

La demanda debía notificarse al presunto agraviado junto a los documentos en que se sustenta la misma; dicha notificación debía realizarse un día antes, por lo menos, de la fecha de la audiencia.³⁶⁹

368 Artículo 13 de la ley 437-06

369 Artículo 13, párrafo I, de la ley 437-06

Del análisis de estos requisitos procesales se advierte el interés del legislador de garantizar, al mismo tiempo, la celeridad del proceso y el derecho de defensa; de manera que si bien se establecía la necesidad de notificar la demanda y los documentos que sustentan la misma, tal notificación se organiza en plazos breves. Hay que destacar que en esta ley no se perdió de vista que dentro del panorama urgente que supone la cuestión de la protección de los derechos fundamentales pueden presentarse situaciones de extrema urgencia y, en este orden, ideas, dejó abierta la posibilidad de que el juez de amparo pudiera autorizar al presunto agraviado a citar a hora fija, en día feriado o de descanso y celebrar audiencia en su propio domicilio, pero con la puerta abierta.³⁷⁰

Otro elemento que se inscribe en la naturaleza sumaria del proceso de amparo lo constituye el hecho de que solo se contemplaba la celebración de una audiencia, en la cual las partes discuten las pruebas y concluyen, quedando el expediente en estado de recibir fallo.³⁷¹ Sin embargo, excepcionalmente podían celebrarse más de una audiencia, lo cual ocurría cuando no fuera posible discutir en una sola audiencia todos los medios de pruebas, eventualidad en la cual se fija una nueva audiencia, a un plazo no mayor de tres días francos.³⁷² Lamentablemente, la práctica nos indica que en la mayoría de los casos que se conocen en los tribunales se celebra más de una audiencia, de lo cual resulta que la excepción se ha convertido en la regla.

Finalmente, el juez de amparo debía dictar sentencia en un plazo breve de cinco días, contados a partir de la fecha en que el expediente quedara en estado de recibir fallo.³⁷³ Esta es otra disposición que en la práctica se observa en muy pocos casos, toda vez que hay jueces se tardan meses para fallar.

370 Artículo 14 de la ley 437-06

371 Artículo 18 de la ley 437-06

372 Artículo 18, párrafo I, de la ley 437-06

373 Artículo 22 de la ley 437-06

16.2.1.5. *Informalidad del proceso*

La propia naturaleza del proceso de amparo impone que se libere de los formalismos propios del derecho común y, en particular, de los que pueden considerarse normales en el procedimiento civil. De esta manera, en la ley comentada no se exigía el ministerio de abogado, lo cual implicaba que la accionante podía redactar la solicitud y si no supiere hacerlo, el secretario del tribunal puede hacerlo por ella; así como un empleado que este designe.³⁷⁴ Hay que destacar que en nuestro país, a pesar de que la mayoría de sus habitantes tienen ingresos muy bajos, existe una tradición muy arraigada respecto de la necesidad de la presencia del abogado en el proceso. De ahí que normalmente las personas interesadas en accionar en amparo buscan los servicios de un abogado y otros no accionan por carecer de los recursos necesarios para pagar dichos servicios profesionales.

16.2.1.6. *Las causales de inadmisión*

La acción de amparo era inadmisibile cuando tuviere por objeto una decisión jurisdiccional dictada por cualquier tribunal del Poder Judicial, cuando se incoare fuera de los treinta días siguientes a la fecha en que el agraviado tuvo conocimiento de la conculcación del derecho alegadamente violado, cuando resultare notoriamente improcedente, a juicio del juez apoderado, y cuando se tratase de las suspensiones de garantías ciudadanas comprendidas en el artículo 37, inciso 7, de la Constitución de la República.³⁷⁵

La primera de las causales constituye un tema muy discutido por la doctrina nacional e internacional. De este debate nos ocuparemos en el Capítulo 19 de este libro. La segunda de las causales y la tercera normalmente se consagran en las leyes de amparo de los demás países, con algunas variantes. En lo que concierne a la última de las causales, aquí de lo que se trata es de prohibir la acción

374 Artículo 12 de la ley 437-06

375 Artículo 3 de la ley 437-06

de amparo cuando las violaciones se hayan cometido con ocasión de haberse decretado uno de los estados de excepción.³⁷⁶ Esta causal también constituye una cuestión muy controvertida y sobre ella volveremos en el mismo Capítulo 19.

Cabe destacar que al margen de que exista controversia en la doctrina nacional e internacional sobre el tema de las causales de inadmisión y, al margen, igualmente, de que existan particularidades respecto del tema en el derecho comparado, la realidad es que la acción de amparo no es una materia ordinaria, sino excepcional. En este sentido, no puede ser vista como un mecanismo sustituto de las garantías contempladas en el ordenamiento jurídico.

16.2.2. Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales, de 15 de junio

La Ley núm. 437-06 analizada en los párrafos anteriores fue modificada por la Ley núm. 137- 11, normativa que será el objeto de estudio en los párrafos que siguen. Pero previo a entrar en este análisis debemos destacar que la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 consagró la acción de amparo ordinario; así como la acción de hábeas corpus y la acción de hábeas data, que

376 En el artículo 37.7 de la Constitución anterior se establece que corresponde al Congreso Nacional declarar en caso de alteración de la paz o en caso de calamidad pública el estado de sitio o suspender solamente donde aquellas existan, y por el término de su duración, el ejercicio de los derechos individuales consagrados en el artículo 8, en sus incisos 2, letras b), c), d), e), f), g), y 3, 4, 6, 7 y 9. Mientras que en el artículo 55.7, se consagra que corresponde al Presidente de la República decretar en caso de alteración de la paz pública, y si no se encontrare reunido el Congreso Nacional, donde aquella exista, el estado de sitio y suspender el ejercicio de los derechos que según el artículo 37, inciso 7 de esta Constitución se permite al Congreso suspender; podrá también, en caso de que la soberanía nacional se encuentre en peligro grave e inminente, declarar el estado de emergencia nacional, con los efectos y requisitos indicados en el inciso 8 del mismo artículo. En caso de calamidad pública podrá, además, decretar zonas de desastres aquellas en que se hubieren producido daños, ya sea a causa de meteoros, sismos, inundaciones o cualquier otro fenómeno de la naturaleza, así como a consecuencia de epidemias.

son amparos especiales.³⁷⁷ De manera que el amparo ordinario y el hábeas data ya tienen rango constitucional. El hábeas corpus tiene dicho rango desde constituciones anteriores.³⁷⁸

Por otra parte, la referida Ley núm. 137-11 no solo consagra la acción de amparo, sino todos los procesos constitucionales. En este sentido, nuestro objeto de estudio no abarca la totalidad de la ley, sino aquellos artículos que se refieren a la acción de amparo, de cuya lectura se advierte que su contenido es muy parecido al de la anterior ley. En este orden, el procedimiento mantiene su naturaleza sumaria, el juez de amparo conserva su papel activo, la competencia la sigue teniendo el juez de primera instancia y el Tribunal Superior Administrativo.

377 Las referidas garantías están previstas en los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución, cuyo contenido es el siguiente: **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 aquéllos, 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. **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 aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

378 En el artículo 8.1.g, de la Constitución de 1966 se establecía : « Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido estará obligado a presentarlo tan pronto como se lo requiera la autoridad competente. La ley de hábeas corpus determinará la manera de proceder sumariamente para el cumplimiento de las prescripciones contenidas en las letras a) b) c) d) e) f) y g). »

Sin embargo, en otros aspectos se revelan cambios significativos. Tales cambios se advierten en las causales de inadmisibilidad y en el régimen de los recursos.

16.2.2.1. Las causales de inadmisibilidad

En esta ley, las causales de inadmisibilidad se consagran en el artículo 70³⁷⁹ y de la lectura de este texto advertimos que, como indicamos anteriormente, se produjeron cambios significativos, los cuales explicamos a continuación. En efecto, dos de las causales previstas en la ley anterior desaparecieron, me refiero a la inadmisibilidad que se fundamentaba en que el objeto de la acción fuera una decisión jurisdiccional dictada por cualquier tribunal del Poder Judicial y la segunda se refiere a la inadmisibilidad sustentada en que el derecho que se pretendía proteger hubiera sido violado o desconocido con ocasión de la vigencia de uno de los estados de excepción.

La primera causal desapareció de manera implícita, pero la segunda fue de manera explícita por el constituyente, en la medida que el párrafo del artículo 72 de la Constitución se establece que: “Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo”.

Por otra parte, debemos destacar que una de las causales fue modificada y se trata de aquella que sustenta la inadmisión de la acción en que la misma no se haya incoado dentro del plazo previsto por el legislador, es decir, la referente a la extemporaneidad. En

379 En el artículo 70 de la ley 137-11 se establece que: “El juez apoderado de la acción de amparo, luego de instruido el proceso, podrá dictar sentencia declarando inadmisibles la acción, sin pronunciarse sobre el fondo, en los siguientes casos : 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado. 2) Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental. 3) Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente”.

este orden, en la ley anterior se establecía un plazo de treinta (30) días para accionar, contados desde la fecha en que el agraviado tuvo conocimiento de la omisión o el hecho causante de la alegada violación; mientras que en la actual legislación el plazo es de sesenta (60) días, contados también desde la misma fecha prevista en la anterior.

Una última diferencia que acusa esta ley concierne a que se consagra una causal nueva que es la relativa a que la acción de amparo es inadmisibile cuanto exista otra vía que permita de manera efectiva proteger el derecho fundamental alegadamente violado. Esta causal será abordada, con mayor profundidad, en el Capítulo 19.

16.2.2.2. *El régimen de los recursos*

La diferencia que acusa la nueva ley en lo que respecta al régimen de los recursos está vinculado con la última reforma constitucional y, de manera particular, con la creación del Tribunal Constitucional. De lo que se trata es de que las decisiones de los jueces de amparo, en lugar de ser recurridas en casación, ante una de las cámaras de la Suprema Corte de Justicia, se recurren ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de revisión constitucional previsto en el artículo 94 y siguiente de la Ley núm. 137-11.³⁸⁰

Por último, en esta legislación se difiere el recurso de revisión constitucional cuando la sentencia se limita a declarar la competencia o la incompetencia del juez de amparo. Así, la parte que no está de acuerdo con dicha decisión debe esperar que se resuelva la acción de amparo.³⁸¹ Recuérdese que bajo el régimen anterior el recurso no estaba diferido sino prohibido.

380 En el artículo se establece: "Todas las sentencias emitida por el juez de amparo pueden ser recurrida en revisión por ante el Tribunal Constitucional en la forma y bajo las condiciones establecidas por esta ley. Párrafo. Ningún otro recurso es posible, salvo la tercería, en cuyo caso habrá de procederse con arreglo a lo que establece el derecho común".

381 Artículo 75, párrafo IV, Ley 137-11

CAPÍTULO 17. El régimen procesal de la acción de amparo

Miguelina Ureña Núñez

El sistema jurídico dominicano pone a cargo de los jueces de derecho común el deber de garantizar una tutela constitucional. *De una parte*, mediante el control difuso de constitucionalidad que le permite inaplicar una norma jurídica que sea contraria a los valores, principios y normas del bloque de constitucionalidad, *y, por otra parte*, mediante la acción de amparo para suprimir una infracción constitucional, que es por la que se anula o se evita la violación del acto o del hecho arbitrario con el que se infringe o amenaza un derecho fundamental³⁸².

En este capítulo nos concentramos en el proceso judicial del amparo ante los tribunales de derecho común de la República Dominicana. Iniciamos el estudio con el régimen de los presupuestos del derecho procesal que son previos al desenvolvimiento sucesivo del procedimiento, es decir los componentes que permiten entender la ontología del proceso en función de su finalidad. Conducir el proceso en la dirección idónea requiere conocer en primer término la naturaleza particular del ámbito de su aplicación, quienes son los sujetos con legitimación procesal, cuáles principios rectores le son inherentes y la regla de competencia, aspectos que exponemos a continuación.

382 Véase la exposición de motivos y los artículos 2, 5 y 6 de la Ley 137-11.

17.1 Naturaleza constitucional e informal de la acción de amparo

Las autoridades doctrinales de la materia coinciden en que el amparo “es una herramienta procesal para la tutela de los derechos fundamentales”³⁸³, pero no han podido unificar el criterio para llegar a la determinación de cuál es la naturaleza del amparo, y es que, a juicio de Eto Cruz, esa identificación tiene un alcance superior a la regulación constitucional o legal de los modelos implementados en diversos países. La posición varía entre el reconocimiento de naturaleza sustantiva y la naturaleza eminentemente procesal³⁸⁴. No obstante, no puede perderse de vista que uno no subsistiría sin el otro, como al efecto lo explica Proto Pisani, precisando que para la tutela jurisdiccional no basta que se cuente con un procedimiento cualquiera, sino que será imprescindible que el titular del derecho conculcado *pueda utilizar un procedimiento estructurado que pueda proveerle de una tutela real y adecuada a las necesidades afirmadas por las normas sustanciales*³⁸⁵.

El amparo es una acción principal y no un recurso para la reformatión de una decisión judicial. En palabras de Juventino Castro, es un “juicio autónomo de garantía (...) para decidir si un acto está apegado o no a lo constitucionalmente dispuesto, por lo que requiere de un proceso concentrado”³⁸⁶, que sigue un procedimiento en el que se debe precisar y demostrar el hecho generador constitutivo de la infracción constitucional, el cual se caracteriza por ser un acto o una actuación o una omisión arbitraria o ilegal que lesiona uno o varios derechos fundamentales cuya protección se persigue a través de la vía judicial.

La acción de amparo va dirigida a verificar el hecho o el acto con el que se transgreden derechos fundamentales y no es la vía para

383 Gerardo, Eto Cruz. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Perú, 2013, pp.153.

384 *Ibidem*.

385 *Ibidem* pp.157.

386 Juventino V. Castro. *El sistema del derecho de amparo*. Editorial Porrúa. México, 2004, p.130.

obtener derechos subjetivos patrimoniales, sino que es un proceso para hacer prevalecer la eficacia y el respeto de la norma constitucional infringida. En ese mismo sentido se expresa Valera Montero:

«La garantía a la tutela judicial en sentido amplio, es el derecho que tiene toda persona para acudir a un tribunal de justicia en amparo o protección de cualquier derecho o prerrogativa de que es titular. En un sentido más reducido, el derecho de amparo es la vía o medio judicial de protección de un derecho reconocido o consagrado por la Constitución ya sea en forma expresa o de manera implícita»³⁸⁷.

El amparo es una vía autónoma e independiente que puede surgir concomitantemente a una acción judicial o administrativa ordinaria o bien desprovista de toda vinculación jurisdiccional. El derecho al amparo nace con el acto o el hecho arbitrario y su finalidad es dejar sin efecto la actuación o vencer la omisión que provoca la lesión a fin de garantizar la supremacía del orden constitucional y el Estado de derecho. Eso es precisamente lo que se juzga en esta acción: la existencia o no de violaciones a derechos fundamentales a través de un juicio sencillo y concentrado en esa finalidad.

Expresa el Tribunal Constitucional que el papel del juez de amparo es:

“Subsanar la lesión a derechos fundamentales o impedir que la conculcación se produzca (...), función que no se extiende a la mera interpretación y aplicación de las leyes, decidiendo conflictos intersubjetivos de intereses, subsumiendo los hechos en los supuestos jurídicos contemplados en las normas, con la determinación de las consecuencias que de tal operación lógica jurídica se deriven y que en definitiva

387 Miguel A. Valera Montero. *Hacia un nuevo concepto de constitución*. Ediciones Pellerano & Herrera, Santo Domingo, 2006, pp. 367.

supongan la decisión de cuestiones de mera legalidad, las que pertenece decidir con exclusividad a los jueces y tribunales comunes”³⁸⁸.

“La determinación del hecho, la interpretación y la aplicación del derecho son competencias que corresponden al juez ordinario, por lo que el juez constitucional limita el ámbito de su actuación a la comprobación de si en la aplicación del derecho se ha producido una vulneración a un derecho constitucional (...) al tratarse de dos partes que alegan ser titulares de la propiedad de un inmueble no registrado, la procedencia de la demanda debe ser resuelta a través de un procedimiento ordinario, que supondría establecer quién es el real y efectivo titular de propiedad envuelta en la presente litis, lo cual solo es posible acudiendo a los mecanismos consagrados en el derecho común”³⁸⁹.

Como puede entenderse, la acción de amparo se concentra en verificar un comportamiento abusivo o ilegítimo que deviene en arbitrario porque el autor carece de autoridad para actuar o deja de actuar de manera contraria al orden constitucional, conducta con la cual transgrede derechos fundamentales de una persona o de la colectividad. Por lo antes referido, es menester puntualizar que, como ocurre con la justicia ordinaria, el amparo no es la vía para dirimir conflictos de intereses particulares con los cuales el juez tenga que decretar a quién le corresponde el derecho objeto de la contestación.

Con la incorporación constitucional de la acción de amparo, los derechos fundamentales se robustecen y el Estado empodera a las personas de una vía real para hacerlos valer. A decir de Juventino Castro la Constitución contiene la fórmula de “te reconozco

388 TC/0619/15, de fecha 18 de diciembre. Citada por Perdomo Cordero, Nassef. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Dominicano 2015*, Librería Jurídica Internacional, S.R.L, Santo Domingo. 2015, pp.749.

389 TC/0101/15, 28 de mayo. Nassef. Perdomo. ob. cit. pp.763.

*tus derechos, y te garantizo su efectividad en posesión y en ejercicio*³⁹⁰. Es una acción de garantía, pues facilita que los derechos fundamentales no se queden en la literalidad de la Constitución y mueran en el papel. Opina Carrasco Durán, que “se configuran como medios de reacción que se conceden a los particulares para que éste pueda instar la protección de sus derechos fundamentales ante un órgano independiente”³⁹¹. Naturalmente, no basta contar con el órgano, es, además, imprescindible que los jueces asuman el rol activo que le confiere la misma ley y se ocupen de restaurar eficaz y oportunamente el derecho conculcado, es decir que optimice *una efectiva prestación de justicia*³⁹². Sigue el autor que “no hay derechos fundamentales si no existe *garantía jurisdiccional*”³⁹³. En nuestro país, debe complementarse la garantía con la imprescindible necesidad de que cese el desacato al acto jurisdiccional; pues poco se logra si la protección se queda en las disposiciones de la sentencia y no existan mecanismos de ejecución efectiva, con sanción ante la inexecución injustificada de lo que ella disponga.

Por supuesto, que la eficacia también requiere de políticas públicas tendentes a eliminar la discriminación y la desigualdad social en respeto a las libertades, como al efecto lo establece la misma Constitución precisando que la función del Estado es la *protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad*

390 Juventino V. Castro. ob. cit. pp.43.

391 Manuel Carrasco Durán. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 202, pp. 32.

392 En este sentido, Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*. Vol.2 Segunda Edición, Jus Novum, Santo Domingo, 2012, pp. 278. “Las diferencias entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial radican en que, en tanto la función legislativa presupone una tutela general y abstracta para todos los diferentes y variados intereses subsistentes en la sociedad y la ejecutiva sirve al Estado para perseguir los propios intereses específicos en el terreno de las leyes vigentes, la función jurisdiccional constituye una actividad cuyo objetivo esencial es la tutela concreta de intereses insatisfechos, mediante la comprobación definitiva, con la eficacia de la autoridad de la cosa juzgada limitada a las partes en causa, y la consiguiente actuación de la norma jurídica en el caso concreto”.

393 Manuel Carrasco Duran. ob.cit. pp.34.

*y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse en 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*³⁹⁴.

Para hacer realidad la acción de amparo, la Ley núm.137-11 establece la manera en que debe acudir al tribunal, siguiendo las reglas de dirección que impone la Constitución en cuanto a la sencillez y la informalidad que debe prevalecer en el proceso, de modo que los excesos de formas no impidan la rapidez y las facilidades en que debe resolverse una vulneración de esta naturaleza constitucional, claro siempre respetando el debido proceso y las garantías mínimas que la conforman.

Se sabe, que las formalidades procesales son reglas para un debido proceso con las que se persigue garantizar la igualdad y la legitimidad de la conducta procesal, las cuales deben ser conformes a las normas y principios constitucionales y supraconstitucionales que protejan los derechos fundamentales de los sujetos procesales, como son la contradicción, el derecho de prueba y el derecho a la justicia para una tutela judicial efectiva, por la que de manera imparcial, oportuna y transparente se pronuncie el derecho que se reclama. Las reglas procesales comprenden formas y plazos a los que las partes se someten para ser oídas en sus pretensiones. Si no existieran las formas preestablecidas cada persona acudiría al juez según su parecer y conveniencia jurisdiccional, creándole no solo inseguridad al adversario, sino a toda la colectividad en el ámbito jurídico. El proceso crea un vínculo judicial que une a las partes entre sí y con el juzgador, en el que ninguno actúa a su voluntad, sino acorde con el sistema normativo.

La Constitución dominicana establece que el procedimiento de amparo no está sujeto a formalidades. Esta condición de *informalidad* ha creado algunas dudas, pues cómo ir a un procedimiento

394 Artículo 8 de la Constitución dominicana relativo a la función esencial del Estado.

sin las formas, si, además, la Ley núm. 137-11 establece que la acción debe ser introducida por escrito (artículo 76), en el plazo de 60 días so pena de inadmisión (artículo 70), plazo de citación (artículo 78) y otros requerimientos formales. Naturalmente, que dicha informalidad no quiere decir que no haya requerimientos preestablecidos ni plazos que respetar. La respuesta a la adecuada comprensión la encontramos en el mismo principio de informalidad instituido en el ordinal 9 del artículo 7 de la Ley, combinado con los principios de accesibilidad y celeridad.

Los citados principios establecen que los procesos constitucionales deben estar exentos de rigores innecesarios que afecten la tutela judicial efectiva, en especial cuando se busca tutelar derechos fundamentales, procesos estos que deben resolverse sin demora innecesaria, libre de obstáculos y ritualismo que irrazonablemente limiten el acceso a la justicia constitucional.

El análisis de esas directrices procesales nos hace entender que la acción de amparo no debe ser sometida al rigor sancionador de los procesos ordinarios, puesto que, sin dudas, desnaturalizarían el amparo en su finalidad que es hacer cesar una actuación que vulnera derechos fundamentales. La naturaleza de esta acción jamás podría seguir los lineamientos procesales de las jurisdicciones de derecho común, sencillamente por la imperiosa urgencia y porque no se juzgan derechos subjetivos patrimoniales³⁹⁵ ni privativos de libertad. El amparo no juzga quién tiene la razón ante un hecho o un acto jurídico sometido a la valoración para fijar un derecho, no sanciona un crimen ni un delito, sino que se limita a restaurar o remediar la afectación arbitraria a un derecho fundamental. Si en estos casos algo se le quita a alguien es porque nunca le perteneció, lo que sucede, por ejemplo, cuando se ordena la devolución de lo que se posee sin derecho, caso común de los objetos retenidos como cuerpos de delitos.

395 Salvo cuando fija una astreinte, pero en este caso la afectación económica es ante la condición de no cumplimiento al mandato de hacer del tribunal.

El amparo procura resolver de forma simple lo sagrado de su objeto, resolviendo si existe o no vulneración; si comprueba la conculcación, cabe destacar, que la respuesta jurisdiccional no consiste en una afectación al adversario, sino una solución de garantía que no atenta con lo personal del intimado, poniéndose fin a una conducta equivocada o lesiva.

Esta manera de impartir justicia constitucional requiere de ciertas flexibilidades, tales como subsanar posibles irregularidades, suplir citaciones, procurar medios probatorios que resulten útiles a la verdad, proveer de medidas cautelares oficiosas, plazos breves, libertad probatoria, en el que las partes pueden ser oídas directamente por el juez sin ministerio de abogados en una interacción que permita comprender y solucionar el asunto (artículos 85 al 88 de la Ley núm. 137-11), aunque con toda la solemnidad que requiere una audiencia.

El manejo del proceso impone que los actores de justicia, jueces, fiscales y abogados, colaboren con el desarrollo procesal de la audiencia, entendiendo que la idea es ofrecer un mecanismo efectivo para la solución ante lo evidente o la comprobación de ausencia de la lesión que se aduce.

El Tribunal constitucional reconoce esta sencillez del procedimiento. Al efecto ha hecho esta valoración:

"Todo acto concerniente a procesos y procedimientos constitucionales debe regirse por el principio de informalidad, contemplado en nuestro régimen de justicia constitucional... no se trata de una demanda que pueda afectar el patrimonio del ministerio atacado, sino que con dicha acción se procura la protección de un derecho fundamental alegadamente vulnerado con un acto emitido"³⁹⁶. También, es un proceso expedito y no sujeto a formalidades, que tiene la finalidad de que los tribunales

396 TC/0296/14 de fecha 19 de diciembre de 2014.

de primer grado puedan tutelar un derecho fundamental, invocado por las partes.

“La institución del amparo no constituye una instancia destinada a debatir temas de legalidad ordinaria, sino un mecanismo de protección para restituir derechos fundamentales cuando se comprueba su vulneración o bien para impedir que ella se produzca; admitir lo contrario sería desnaturalizar su rol de garantía fundamental, pues quedaría expuestas a rigores y formalismos que caracterizan los procedimientos ordinarios, y, por tanto, dejaría de ser amparo para mutar en un procedimiento ordinario”³⁹⁷.

Para garantizar la optimización de los procesos de justicia constitucional, la tutela judicial se fortalece con los principios propios de esta jurisdicción especializada, que admite poderes exclusivos a los jueces de constitucionalidad y marca las pautas para un proceso diferenciado.

17.2 Los principios rectores de la justicia constitucional

Los principios son normas referenciales de carácter general para la interpretación de las reglas jurídicas particulares. A juicio de Jorge Prats, los principios son guías de interpretación y de aplicación con rango de supremacía. Son «instrumentos utilizados en la actividad interpretativa, constituyen pautas que orientan la labor del intérprete, que le sirven de brújula para navegar en las muchas veces tormentosas y peligrosas aguas del mar constitucional»³⁹⁸. Se dice que los principios integran la norma, crean esquemas jurídicos para la solución de conflictos. En el mismo sentido, a decir de Picó i Junoy, los principios son “*parámetros para fijar la operatividad*”³⁹⁹ y parte intrínseca del sistema normativo procesal.

397 TC/350/14, de fecha 23 de noviembre de 2014. Citada por Nassef Perdomo. ob.cit. pp. 747.

398 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*, Volumen I, ob. cit., pp. 400.

399 Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Editorial J. M. Bosch, 1997, pp.27.

La correcta interpretación y aplicación de las reglas de derechos debe hacerse en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto, de sus normas, sus principios y sus valores. En esa suma se halla la seguridad jurídica, que es «un presupuesto necesario del ordenamiento mismo»⁴⁰⁰. Como expone Esthel Díaz, «el principio suele considerarse como un motor interno, intrínseco que hace que las cosas sean lo que son o actúen como lo hacen ...desde la lógica... punto de partida del conocimiento»⁴⁰¹.

En los principios rectores, dispuestos por la Constitución y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, se encuentran las pautas referenciales para la aplicación de la justicia de amparo, de modo que ello permita afianzar el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Entre los principios constitucionales fundamentales vinculados al proceso encontramos principios generales y principios relativos a la dirección y desarrollo, de los cuales se examinan los más trascendentales en la materia de amparo, a sabiendas de que no se trata de un proceso para conceder derechos sino de una vía para garantizarlos. Estos principios se pueden agrupar atendiendo a los relacionados con las garantías al debido proceso y los relativos al acceso a la justicia.

17.2.1 Los principios de garantías al debido proceso

Se trata de principios constitucionales aplicables a todas las materias y que deben estar presentes en todos los procesos porque garantizan el acceso a la justicia bajo la tutela del juez; solo a título enunciativo, pueden mencionarse la igualdad, la publicidad, la oralidad, la concentración y la gratuidad.

El principio de igualdad. De acuerdo con los artículos 39 y 68.4 de la Constitución, todos somos iguales ante la ley, por lo que

400 Eduardo Jorge Prats, ob.cit. pp. 266.

401 Esthel Díaz. *Argumentación Jurídica*. Segunda Edición, ENJ, Santo Domingo, pp. 62.

tenemos derecho a un trato igualitario sin diferencias por género, raza, nacionalidad, condición económica y social, y, en lo que concierne al proceso, en igualdad de armas procesales, es decir sin desventajas particulares, sino con la misma oportunidad para la contradicción, la defensa y el ejercicio a la prueba y a la palabra que impone un trato uniforme. Dice el Tribunal Constitucional, por una parte, que la "igualdad procesal implica que al momento de conocer un determinado conflicto el proceso a seguir debe ser uniforme cuando se trate de la misma materia"⁴⁰²; por otra parte, que es *el derecho a un trato igualitario frente a identidad de circunstancias*⁴⁰³.

En los asuntos de amparo debe el juez cuidar de manera más especial aun y en su justa dimensión la igualdad de todos ante la justicia constitucional. Esto es así, si tenemos en cuenta que en la generalidad de los casos el amparo es contra actos de funcionarios administrativos, ministerio público, agentes de la policía nacional, funcionarios judiciales y otros; es decir, contra el Estado, que es de donde más frecuentemente surge la arbitrariedad en razón del ejercicio del poder. En estos casos el juez debe asegurarse de evitar privilegios o consideraciones que pudieran reflejar parcialidad en el ánimo de protección al Estado, sintiéndose parte del mismo o de protección a otro juez. Es, entonces, donde cobra fuerza el sentir de que la ley es igual para todos, incluyendo al Estado cuando es una de las partes litigantes, pero tampoco con predisposición ante los reiterados precedentes de abuso de poder que ensombrecen la historia dominicana, sino con la virtud de la absoluta independencia, valor e imparcialidad para cada caso en particular, que es la actitud con que se dignifica el juez cuando así hace justicia y legitima su decisión ante la sociedad, en razón de que «la justicia debe estar inmóvil, pues de lo contrario la balanza oscila y no puede pesar con exactitud»⁴⁰⁴.

402 TC/0022/12 de fecha 21 de junio de 2012. ob. cit. Nassef Perdomo, pp. 236.

403 TC/0100/13 de fecha 20 de junio de 2013. Ídem pp.239

404 Franz Kafka. *El proceso*, Edaf. Madrid, 1989, pp. 22; citado por Isidoro Álvarez Sacristán, *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*, Colex, Madrid, 1999, pp. 57.

El principio de publicidad. Las audiencias serán públicas tal como señala el artículo 69.4 de la Constitución dominicana e indica el artículo 79 de la Ley núm. 137-11. Este principio ha sido resaltado por la Suprema Corte de Justicia en la Resolución 1920/2003. La oralidad, la publicidad y la contradicción son reglas técnicas procesales inseparables del juicio. La publicidad se erige como garantía de quien es parte en el proceso, de que será llevado a cabo de manera transparente. En amparo no será la excepción. También, la sentencia debe ser rendida en audiencia pública. A estos efectos, Picó i Junoy, citando una sentencia del Tribunal Constitucional de España, explica: «el principio de publicidad tiene una doble finalidad: a) proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y b) mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio uno de los pilares del Estado de Derecho»⁴⁰⁵. De modo que la publicidad podrá manifestarse a través de la audiencia y de la sentencia.

El principio de oralidad y concentración. La oralidad en los procesos permite la transparencia y la publicidad del asunto. Toda parte interesada puede enterarse en audiencia de los medios del debate y las pretensiones de las partes. Hoy más que antes se lucha entre la oralidad y la escritura. Por una parte, defendiendo la oralidad como vía de inmediación y sobre todo en garantía al libre acceso al juez, pues cuando las partes exponen oralmente sus argumentaciones y peticiones permiten una impresión inmediata entre las partes litigantes y al juez, facilitando aclarar dudas y que los terceros puedan también enterarse de forma directa del asunto. Por otra parte, como ha subrayado Stefan Leible, la escritura «tiene la ventaja que fija y conserva la materia procesal. Posibilita una mejor documentación. La experiencia mostró que el principio de oralidad solo cumple su objetivo, si la audiencia oral es intensivamente preparada. Ello no es posible sin el intercambio de

405 Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit. pp. 116.

escritos de las partes»⁴⁰⁶. En contrario, Juventino Castro defiende que siendo un proceso concentrado debe dar menor importancia a la escritura, salvo las documentaciones necesarias, esto así por el principio de concentración y el carácter sencillo y sumario del amparo⁴⁰⁷.

En materia de amparo la oralidad tiene un peso significativo en lo referente a la libertad de ser oído directamente por el juez apoderado, sin más necesidad que la citación a la audiencia y copia de una instancia con exposición sumaria y pretensiones del amparo. También, las partes presentarán sus pruebas en debates orales. Explican Barbeiro y García que *la oralidad presupone la inmediación*⁴⁰⁸, por tanto no es delegable el conocimiento probatorio, lo que es, ciertamente, coherente con el juicio de amparo que se caracteriza por la inmediación. Es el juez que conoce la acción quien debe decidir el amparo y esto puede evidenciarse en el mandato de la ley a que el juez deba decidir en la misma audiencia.

El principio de gratuidad de la justicia. Aunque la Constitución dominicana dispone que la justicia se administrará gratuitamente en todo el territorio de la República, lo cierto es que esta gratuidad ha sido limitada a la disponibilidad jurisdiccional a través de los jueces, de tal forma que el justiciable no tiene que pagar los servicios del juez; sin embargo, muchos son los gastos en que se incurre vinculados con el acceso al juez, tales como el pago impositivo para la fijación de audiencia y de conclusiones. Pero, en materia de amparo esos gastos se han suprimido, en ese sentido se aplican, respectivamente, los artículos 7.6 y 66 de la Ley núm. 137-11, cuyo tenor es:

La Justicia constitucional no está condicionada a sellos, fianzas o gastos de cualquier naturaleza que dificulten su

406 *Ibidem*, pp. 141.

407 Cfr. Juventino V. Castro. ob. cit. pp.132.

408 Sergio Barbeiro y Marcela García. *Principio de mediación. Principios Procesales*. Tomo II. Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2011, pp.358.

acceso o efectividad y no está sujeta a pago de costas, salvo la excepción de inconstitucionalidad cuando aplica.

El procedimiento en materia de amparo es gratuito, por lo que se hará libre de costas, así como de toda carga, impuestos, contribución o tasa. No habrá lugar a la prestación de la fianza del extranjero transeúnte.

Tanto la letra de estas normas como su interpretación jurisprudencial persiguen que nada obstaculice el acceso al juez ni limite el ejercicio del proceso de alguien que persigue la cesación de un hecho arbitrario e inconstitucional que ha conculcado un derecho de su titularidad, dejando primar el sentido de orden público que se le reconoce al amparo y garantizando la igualdad de todas las personas, sin impedimento por su condición de extranjero transeúnte.

17.2.2 Los principios para el acceso a la justicia

Se trata de los principios que impulsan la acción y rigen su desarrollo hasta llegar a la sentencia definitiva. Son los principios de accesibilidad, de celeridad y de economía, también de disposición y de impulso procesal.

Los principios de accesibilidad y de informalidad. La jurisdicción debe estar libre de obstáculos o impedimentos, formalismos o ritualismos que limiten irrazonablemente la accesibilidad y la oportunidad de la justicia. Debe estar exenta de rigores innecesarios que puedan afectar la tutela judicial efectiva. Como se ha indicado *ut supra*, el exceso de formalismo, que caracteriza el ordenamiento dominicano en su conjunto es muchas veces un obstáculo técnico y económico que hace desistir de la acción o restringe la defensa. En la acción de amparo ninguna formalidad puede ser la causa que limite o impida la accesibilidad, so pena de denegación de justicia. Por ello, en esta materia de justicia constitucional no es obligatorio el ministerio de abogado, quien no pueda formalizar

una instancia de petición de amparo a través de la asistencia de un abogado, podrá acudir al tribunal asistido de cualquier persona o por sí mismo o bien con el auxilio del mismo tribunal, como lo autoriza la Ley núm.137-11 en el numeral 6 del artículo 76.

Principio de celeridad y de economía procesal. Los procesos de justicia constitucional, en especial los de tutela de los derechos fundamentales, deben resolverse dentro del plazo constitucional y legalmente previsto y sin demora innecesaria.

El amparo es un recurso para una decisión rápida. La celeridad es típica en esta instancia. En aplicación de este principio todos los plazos procesales son breves. La ley actual simplifica y abrevia mucho más que la derogada Ley núm. 437-06, pues, en virtud de la anterior legislación, el juez debía rendir su decisión en un plazo de cinco días a partir del cierre de los debates, mientras que la Ley vigente, dispone que el juez dictará la sentencia en la misma audiencia de cierre; esto denota el interés legislativo en la celeridad del proceso de amparo así como el interés de que el agraviado obtenga con la mayor prontitud posible la restitución del derecho fundamental violentado, si fuere procedente.

Permitir una acción complicada, extensa y costosa es desconocer la naturaleza propia de esta acción, incurriendo en una negación o desnaturalización, pues como hemos indicado anteriormente, debe quedar claro que no se trata de un proceso para la condena-ción o declaración de un derecho subjetivo patrimonial o delictual, sino que versa sobre la protección a un derecho ya reconocido y existente y de presunciones *iuris et de iure*; por ello el amparo es preferente.

En el derecho comparado, como es el caso de Venezuela, se reconoce y defiende la necesidad de celeridad de esta vía judicial de protección fundamental, considerando, a estos efectos, la naturaleza del amparo como expedita y sumaria, por lo que «resulta preferible adherirse a un sistema que otorga protección inmediata,

suplir los complejos trámites que los regímenes ordinarios han establecido»⁴⁰⁹.

Principio dispositivo. El ejercicio de la acción de amparo contra derechos constitucionales vulnerados, sea por una autoridad administrativa o judicial, sea por los particulares, aun refiriéndose a derechos de orden público, como son los derechos fundamentales, no deja de ser una acción eminentemente privada y por tanto requiere de la iniciativa del accionante en aplicación de los viejos brocardos «*ne procedat iudex ex officio*» y «*nemo iudex sine actore*». Esto quiere decir que la acción no podrá ser iniciada de oficio por el juez. Su fundamento radica en la esencia privada del derecho subjetivo y en la manifestación de la autonomía de la voluntad procesal, se refiere a la facultad de disponibilidad de los interesados o de la persona que la misma ley le ha atribuido esa prerrogativa, como lo es el defensor del pueblo.

El principio dispositivo «puede definirse como aquel en virtud del cual las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho subjetivo sustancial como sobre sus derechos a la iniciación, desenvolvimiento y culminación del proceso. Este es un principio esencialmente liberal, respetuoso de la libertad individual de las partes para iniciar o no el proceso, para proseguirlo hasta la obtención de la sentencia o para desistirse de él, para transarlo, etc.»⁴¹⁰.

Este principio procesal es entendido como el poder que tiene toda persona de ir al juez iniciando la acción, identificando las partes y el objeto, con lo cual delimita el alcance de la tutela y tendrá que pronunciarse en el sentido de interés de las partes conforme a sus conclusiones. El amparo no se sustrae a este principio dispositivo

409 15 años de jurisprudencia. *Amparo Constitucional 1977/1992*, Fundación de estudios de derechos administrativos, 1994 p. 126; Hilario Hernández Márquez y Olivo Rodríguez Huertas. *Teoría general de las garantías procesales en las constituciones. Constitución y garantía procesal*, Parme, Santo Domingo, 2003, pp. 200.

410 Enrique E. Tarigo. *Lecciones de derecho procesal civil*. Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria. 1998, pp. 64.

puesto que debe ser incoado a iniciativa de la parte interesada sea cual sea el medio dispuesto y la informalidad permitida, debiendo ser apoderado el juez. No obstante, una vez que el tribunal ha sido apoderado, el juez de amparo tiene prerrogativas que admiten la impulsión procesal oficiosa.

Para las partes, muy especialmente para el accionante, el impulso procesal implica la preparación del caso y la determinación de su curso, lo que comprende la actuación judicial y extrajudicial. Es el interés manifiesto para que el proceso llegue a su fin con la obtención de la decisión final del litigio.

Habiéndose apoderado e iniciado el proceso, deben las partes ajustarse a las reglas de dirección procesal y con ello implícitamente aceptan la autoridad del juez para dirigirlo, quien podrá mantenerlo en marcha disponiendo de cuantas medidas entienda pertinentes para la verificación de la verdad en el deber de administrar y decidir con justicia. Recordando que el proceso es el medio y no el fin en sí mismo, el juez deberá preocuparse más por alcanzar el fin, aunque sin descuidar sus medios.

El principio de impulsión procesal oficiosa. En lo que al amparo se refiere, el juez ostenta un rol 'superactivo' por el que se manifiesta el impulso procesal judicial. Es procedente señalar que en esta materia, el juez puede disponer de oficio todas las medidas urgentes que sean necesarias. En el artículo 87, la ley aplicable dispone que el "juez gozará de los más amplios poderes para celebrar medidas de instrucción, así como para recabar por sí mismo los datos, informaciones que sirvan de pruebas obtenidas". Una vez comprobada la arbitrariedad o la omisión, el juez puede invitar a las partes a concluir y dictar sentencia, conforme lo prevé el artículo 83. El juez debe impedir el sobreseimiento y puede impedir el desistimiento, al efecto de los artículos 71 y 109, más adelante detallados.

Sin dudas, que el principio de oficiosidad instituye una prerrogativa judicial de salvaguarda a los derechos fundamentales.

Permite la facultad de cambiar la calificación de las acciones⁴¹¹, fusionar expedientes⁴¹², pues manda la Ley que en garantía a la tutela judicial efectiva debe adoptar de oficio las medidas para hacer prevalecer la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, *aunque no hayan sido invocados*. En la oficiosidad procesal se legitima la búsqueda de la verdad que en nada daña a los justiciables, sino que, por el contrario, es una verificación para la tutela de los derechos fundamentales y con ella la concretización de un verdadero Estado de derecho.

Principio de contradicción. Referirse al principio de contradicción es hablar del derecho de defensa; es la oportunidad de que todas las partes envueltas en el asunto sean debidamente citadas, oídas en igualdad en los debates, respeto y cumplimiento de la lealtad bajo el principio de la buena fe procesal; el derecho de defensa se protege garantizando la bilateralidad o la contradicción.

La contradicción comprende la lealtad de los debates en un ejercicio apegado a la ética basada en la sinceridad de los hechos y de las pruebas. Con ello, se busca que las partes muestren sus medios de hecho y de derecho a la contraparte en el ánimo de que lo conozca y a su vez pueda oportunamente contestarlo, no solo para evitar la indefensión que pudiera invocar a quien se le restrinja ese derecho, sino además, para poner al juez en condiciones de verificar la verdad del planteamiento y dictar una sentencia justa y suficiente para su ejecución efectiva.

El artículo 7 de la Ley núm. 137-11 establece el deber del Poder Judicial de garantizar la supremacía, integridad y eficacia de la Constitución y del bloque de constitucionalidad. Impone un deber de interdependencia sobre los valores, principios y tratados internacionales, conjuntamente con los derechos y garantías

411 El Tribunal Constitucional cambia el recurso de tercería por recurso de revisión, comprobado que el recurrente había sido parte del proceso de amparo. TC/0015 de fecha 31 de mayo de 2012.

412 TC/0094/12 de fecha 21 de diciembre de 2012.

fundamentales que sirven de parámetro al control de la constitucionalidad, al que está sujeta la validez formal y material de las normas infra constitucionales.

Esta ley favorece la *constitucionalidad* como un principio en sí mismo, conjuntamente con la *interdependencia* y la *inconvaleabilidad*, y en virtud de esta última característica se sanciona con la nulidad y se prohíbe la subsanación o convalidación de la infracción de los valores, principios y reglas constitucionales. Impone la aplicación de los siguientes principios garantistas de la eficacia de la acción constitucional, a saber:

Principio de favorabilidad. La Constitución y los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de modo que se optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental. Cuando existe conflicto entre normas integrantes del bloque de la constitucionalidad, prevalecerá la que sea más favorable al titular del derecho vulnerado. Si una norma infraconstitucional es más ventajosa para quien ostenta la titularidad del derecho se aplicará de forma complementaria, de manera tal que se asegure el máximo nivel de protección. En virtud de este principio, ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales.

Principio de supletoriedad. Prevé que se apliquen de manera supletoria los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y solo subsidiariamente las normas procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales. Es un principio previsor en el que el juez pueda sustentar la aplicación de una norma fuera de la Ley de la materia siempre que sea más favorable a los fines del proceso. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en su Reglamento Jurisdiccional⁴¹³.

413 Artículo 1: se aplicarán supletoriamente los principios generales del derecho procesal constitucional, y solo subsidiariamente las normas procesales afines

Este principio se combina con el principio de oficiosidad para llegar a la respuesta idónea que haga efectiva la protección que se ampara y con el principio de autonomía de derecho procesal que permite al juez fijar la regla procesal ante un vacío o una laguna legislativa justificada en hacer valer la supremacía de los derechos fundamentales⁴¹⁴. Las ventajas e informalidades procesales del amparo y la facultad de autonomía procesal constitucional de la que hace uso el Tribunal Constitucional, cuyas decisiones son vinculantes, ha logrado que cada vez más el derecho procesal constitucional resulte suficiente y eficiente a la hora de garantizar los derechos fundamentales, que es su fin esencial.

Principio de efectividad. El juez debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados, respetando las garantías del debido proceso, y está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades.

Fundamentados en dichos principios de oficiosidad y de favorabilidad al amparista, el Tribunal Constitucional ha defendido la potestad de dar una justicia constitucional diferenciada por la que se protejan derechos fundamentales⁴¹⁵.

Estos principios marcan las pautas para la facilidad de la prueba y para la efectividad del proceso en el restablecimiento del derecho conculcado. En palabras de Marcela M. García Solá, la efectividad se encuentra en los medios procesales para la sustanciación de la causa, en los controles constitucionalidad y en la tutela preventiva⁴¹⁶.

a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.

414 TC/0039/12 y TC/008/15 de fecha 6 de febrero de 2015.

415 TC/0073/13 de fecha 7 de mayo de 2013

416 Cfr. Marcela García Solá. ob. cit. pp. 195 -200.

De asumir con interés el principio de tutela judicial efectiva depende la satisfacción de la acción de amparo. Es necesario identificarse personalmente con el carácter solemne de este principio como manera ineludible de protección real de los derechos fundamentales, para que no se dejen en la ilusión la fuerza de los derechos de libertad, de igualdad, de dignidad humana y de justicia social. Tutelar es proteger y es garantizar de forma efectiva y la efectividad, a su vez, implica solucionar de forma concreta una situación en la se vean afectados derechos fundamentales, lo que a su vez permite que se brinde una justicia en tiempo oportuno. La tutela judicial efectiva comprende también las vías de ejecución, de la que no se desvincula el tribunal con la sola sentencia⁴¹⁷.

Del conjunto de estos principios consagrados en el artículo 7, se extrae el interés de la firmeza en el *principio pro amparo*; es decir, de asegurarse de que el accionante tenga todas las oportunidades y garantías judiciales de ser oído en sus pretensiones, bajo la presunción de verdad, a los fines de salvaguardar los derechos fundamentales de todas las personas por la norma que le resulte más favorable, al punto de privilegiar la norma infra constitucional si fuera la que más le asegure la protección del derecho que se afirma conculcado y bajo un procedimiento «que permite que la autoridad judicial restablezca, a la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella»⁴¹⁸.

Cada uno de estos principios tiene carácter imperativo, no son meras orientaciones de interpretación, de modo que se imponen

417 A esos fines el Tribunal Constitucional dominicano ha implementado: La Unidad de Seguimiento de la Ejecución de las Sentencias (en lo adelante, la "USES") persigue la ejecución efectiva de las sentencias del Tribunal mediante la estructuración de los mecanismos de recepción, investigación y trámite de las solicitudes tendentes a resolver las dificultades o el incumplimiento de sus decisiones. La USES se encuentra adscrita al Pleno y se rige por un manual de funcionamiento aprobado por este último. Estará integrada por el secretario, quien la coordinará, y el encargado jurídico del Tribunal Constitucional. Artículo 26 del Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

418 Jurisprudencia. Sala constitucional. Sentencia n.º.7 de 1 de febrero de 2000. Venezuela; Gianni Piva y Trina Pinto, *Amparo constitucional*, Libresca, Caracas, 2004, pp. 19.

al juez⁴¹⁹ a fin de garantizar con ello una justicia constitucional favorable a que los derechos fundamentales sean preeminentes sobre el tecnicismo procesal y que en su finalidad el juez encuentre en ellos un modo justo y correcto de restaurar el derecho fundamental conculcado.

Ya expuesto, cabe repetir que el amparo no deja de ser una vía de jurisdicción que debe ser iniciada solo a interés de parte contra una autoridad administrativa o contra particulares, lo que impone el análisis de determinar quiénes son las personas que pueden acudir a esta acción tan particular.

17.3 Los sujetos con interés legítimo en el proceso de amparo

De acuerdo al citado artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda persona tiene el derecho a acudir al amparo de sus derechos fundamentales. Es decir, toda persona afectada por la actuación o la omisión con la que se le lesiona de forma arbitraria e ilícitamente. Así también lo prevé el artículo 72 de la Constitución, el cual permite la representación al indicar: *toda persona tiene el derecho a una acción de amparo..., por sí o por quien actúe en su nombre.*

La indicación de *toda persona* es inclusiva y no restrictiva, por tanto no se debe impedir el acceso a la justicia constitucional de amparo por nacionalidad ni condición de extranjero sin importar que esté de tránsito o en una situación de inmigrante ilegal; tampoco a la persona moral, aun desprovistas de personalidad jurídica⁴²⁰. Como mecanismo de justicia diferenciada, desprovistas de formalidades innecesarias y exclusiva para los derechos fundamentales,

419 TC/000/14 de fecha 14 de enero: En ningún caso puede el juez de amparo sustraerse de los principios que gobiernan la justicia constitucional.

420 Manuel Carrasco Duran. ob. cit. pp.70: La legitimación incluye a las personas jurídicas, a los extranjeros y a determinados entes sin personalidad, de acuerdo con los derechos fundamentales e intereses legítimos de los que puedan ser titulares respectivamente.

deben evitarse los obstáculos a fin de facilitar el acceso a tutela constitucional, por ello, existen legislaciones que ceden en los requerimientos formales de la capacidad procesal, pero mantiene el rigor en la legitimación procesal. Aclara Eto Cruz que la capacidad alude a la *aptitud genérica* respecto a todos los actores, en tanto que la legitimación es individualizada y sustancial⁴²¹, siendo la capacidad objetiva y la legitimación subjetiva.

La incapacidad de la persona no debe ser impedimento al ejercicio procesal cuando se trate de amparar derechos fundamentales, es claro que pueden actuar representados por poder convencional, legal o judicial. No obstante, por la naturaleza de la acción, nos inclinamos por considerar que los declarados interdictos por condenación criminal pueden accionar en amparo sin autorización previa ni representación. La legislación española admite la capacidad procesal para los menores⁴²², quienes pueden accionar sin estar representados, lo que no admite Perú⁴²³. A nuestra opinión, aunque en nuestra legislación no consta la excepción, puede aceptarse una acción de amparo de un menor que acuda sin representación cuando persigue la tutela de derechos fundamentales personalísimos, lo que se deduce del bien jurídico protegido que es la persona misma. La incapacidad restringe la libertad de acceso a la justicia ordinaria como una forma de tutela que recae en la protección efectiva al mismo incapaz, a fin de evitar que se

421 Cfr. Gerardo Eto Cruz, Gerardo. ob.cit. pp. 621.

422 Artículo 18 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa - administrativa núm. 29/1998: Tienen capacidad procesal ante el orden Jurisdiccional contencioso- administrativo, ... los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación le esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los grupos afectados, uniones sin personalidad o patrimonio independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructura formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

423 Artículo 40 del Código Procesal Constitucional: El afectado puede comparecer por medio de representante procesal... las personas no residentes la demanda será formulada por un representante acreditado.

auto perjudique en sus derechos básicamente patrimoniales. En acción de amparo la persona menor no enfrenta el riesgo de perjudicarse, al contrario, el amparo es una vía de protección en la que el juez tiene un rol activo, pues no podemos perder de vista que la finalidad de esta acción es salvaguardar derechos fundamentales y en la que no se puede procurar ventajas de carácter patrimonial ni de persecución penal. Aún en la desestimación de la acción, ni siquiera se incurre en condenaciones en costas.

Respecto a las personas jurídicas se cuestiona si tendrán la vocación de procurar la tutela de derechos fundamentales en el entendido de los derechos de libertad y de dignidad a la persona humana. La constitución dominicana no deja dudas de que las personas jurídicas gozan de derechos fundamentales, como se reconoce a la libertad de empresa y al derecho de propiedad y, por tanto, pueden accionar en amparo. El criterio dominante es que podrán accionar en amparo respecto de los derechos fundamentales que le corresponden en su propia personalidad. Para accionar deberá justificar un interés de naturaleza constitucional, es decir una legitimación en la causa que procuran y un derecho fundamental conculcado.

Citando al Tribunal Constitucional peruano, la legitimación *ad causam* o legitimación en la causa "consiste en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado por su vinculación específica con el litigio"⁴²⁴. Para los casos de amparo, "destinado a la defensa de los derechos fundamentales del agraviado [la legitimidad] se encuentra basada, en principio, en la efectiva titularidad del derecho presuntamente afectado o amenazado. El TC ha interpretado que la legitimación (*ad causam*) pertenece al agraviado debido a que los derechos fundamentales son *intuitu personae*"⁴²⁵.

Se impone, que para accionar en amparo es preciso justificar un interés legítimo. En sus artículos 67 al 69, la Ley núm. 137-11 define

424 STC Exp. Núm.518-2004 AA/TC, fj. 9. Citada Gerardo Eto Cruz. ob. cit, pp. 623.

425 Ídem pp.628.

con precisión la calidad de quienes pueden accionar en amparo, expresando que son las personas físicas y las personas morales en sus intereses propios o colectivos. Igualmente, reconoce la calidad del defensor del pueblo para interponer amparo en interés de resguardar los intereses colectivos y difusos para prevenir un daño grave, actual o inminente, que, aun siendo fundamentales son comunes, en interés de los llamados derechos de tercera generación.

El Tribunal Constitucional se ha referido al tema expresando que en razón de la naturaleza del derecho fundamental, *su protección, en caso de violación, solo puede ser reclamada por su titular*⁴²⁶. Coinciden las legislaciones comparadas en el criterio de que el amparo es *una prerrogativa de la persona agraviada y no de un tercero*⁴²⁷.

El amparo puede ser de interés colectivo o de interés solamente particular. Cuando se trata de derechos exclusivos, particulares, la acción debe estar justificada por la calidad y el interés personal y directo del accionante; es decir, su acción debe estar legitimada en su titularidad. «La legitimación del accionante en amparo nace del hecho que su situación jurídica se haya visto amenazada o menoscabada por una infracción de naturaleza constitucional»⁴²⁸. Es el caso, a título de ejemplo, del amparo por el que se procura que un funcionario entregue una cosa que retiene sin derecho alguno y que es de la propiedad del accionante y cuyo derecho no es contestable. Es claro que solo el propietario de la cosa la puede reclamar. Es decir, que la legitimación viene por la

426 TC/123/13, de fecha 4 de julio de 2013.

427 Gerardo Eto Cruz, Gerardo. ob.cit. pp.632: En México se exige la existencia de un derecho subjetivo en la persona agraviada. En Alemania solo se exige que la persona afirme la lesión de algún derecho fundamental. Debe ser un derecho fundamental propio y no de un tercero. En España, no solo a la persona directamente afectada, sino aquel que invoque un interés legítimo.

428 Jurisprudencia: Sala Constitucional, sentencia n°.1234 del 13 de julio de 2001, Venezuela. Citada por Gianni Piva y Trina Pinto, ob. cit., p. 24.

titularidad o bien por la afectación o perturbación actual o futura, pero *no hipotética*⁴²⁹.

En igual apreciación ha escrito Ferrer Mac Gregor:

“En el proceso de amparo la legitimación activa consiste en la identidad de la persona sujeto activo con la persona a la cual la ley le concede el derecho de acción constitucional. En otras palabras se tendrá legitimación activa cuando un sujeto jurídico determinado (sujeto activo) se encuentre en la posición que fundamenta la titularidad de la acción”⁴³⁰.

La técnica de la legitimación procesal impone la necesidad del agravio, es decir la existencia de una amenaza o una lesión injusta y que la acción la interponga directamente el agraviado que es quien padece un daño en sus derechos fundamentales; pero, cita Eto Cruz una sentencia del Tribunal Constitucional español que se ha referido a la posibilidad de una *acción mortis causa* incoada por los sucesores _ en defensa de los derechos de un fallecido procurando la “eficacia *post mortem* a través de familiares en defensa del honor, derecho a la intimidad y a la propia imagen”⁴³¹ _, lo mismo que una acción a nombre del *nasciturus*, como podría ser un amparo por el derecho a nacer o relativas a métodos anticonceptivos⁴³².

Respecto a la legitimación del amparo de cumplimiento, dispone nuestra ley que cualquier persona afectada en sus derechos fundamentales podrá interponerlo; pero que, cuando se trate de un acto administrativo solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien tenga interés para el cumplimiento del deber omitido. Cuando se trate de derechos

429 Cfr. Manuel Carrasco Durán ob.cit. pp. 229.

430 Eduardo Ferrer Mac Gregor. Citado por Gerardo Eto Cruz, ob.cit, pp.643.

431 Cfr. Montoro Gómez. TC 242/1998. Citada por Gerardo Eto Cruz, ob.cit,pp.648.

432 TCE 190/1996 y STC peruano Exp.No.2005-2009-PA/TC. Citada por Gerardo Eto Cruz. ob.cit. pp.648

colectivos y del medio ambiente o intereses difusos o colectivos podrá accionar cualquier persona o el Defensor del Pueblo.

Todo proceso alude a enfrentamientos de partes, de modo que es también importante considerar quien será la persona intimada. La acción de amparo se podrá interponer contra la persona física o moral en su condicional personal o en razón de sus funciones y contra órganos del Estado. Corresponde al accionante, en principio, el señalamiento de la persona supuestamente agravante. Es importante la individualización del autor del acto impugnado, por ser la persona contra quien se pronuncia la sentencia. Sin embargo, la acción de amparo se encuentra abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, sin importar que la lesión, restricción o alteración del derecho constitucionalmente protegido sea ejecutado por personas que actúen o no en el ejercicio de tales funciones, generalmente interpuesta en contra del Estado y sus instituciones; lo que provoca cierta confusión en cuanto a la parte demandada, es decir, contra quién debe dirigirse la demanda y pronunciar la decisión.

En algunas legislaciones se establece que la demanda debe dirigirse contra el titular o encargado del órgano o entidad que figure como autor del agravio. Otros entienden que a quien se debe encausar es al organismo de la administración formalmente responsable, aunque no sea quien ha ejecutado el acto, en el entendido de que el acto del funcionario liga a la autoridad pública a la que pertenece⁴³³. Esto es así porque habrá casos en que no será posible individualizar la persona que ha sido responsable del acto que motiva la acción. En este sentido, la doctrina argentina opina que no es un requisito indispensable la concreta mención del autor del acto lesivo en la sentencia, lo que en otra materia

433 Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni. *El derecho de amparo*. 2da edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998. pp. 404.

sería inconcebible⁴³⁴. Lo más importante es que la sentencia indique claramente cuál es la autoridad contra quien se pronuncia el amparo que será la que tenga la obligación de ejecutar la decisión de manera eficaz⁴³⁵.

17.4 La jurisdicción competente en materia de amparo

Entre las garantías mínimas del debido proceso en miras a la tutela judicial efectiva, consagradas en el artículo 69 de la Constitución dominicana, se halla el derecho del justiciable a ser oído por una jurisdicción competente y en la forma de apoderamiento que determine la ley. El Tribunal Constitucional se ha expresado en estos términos, indicando que ser juzgado por el tribunal competente es una de *las garantías fundamentales derivadas del principio de independencia y de imparcialidad del juez*⁴³⁶. Ve en las reglas de competencia una doble finalidad:

“Se evita cualquier tipo de manipulación en la Administración de Justicia, es decir intenta evitar que cambiando el órgano judicial que ha de conocer una litis, tenga lugar algún tipo de influencia en el resultado del proceso;

“El derecho al juez predeterminado por la ley cumple una crucial función de pacificación en la medida en que las leyes dejan importantes márgenes de interpretación al juez y el hecho de que el órgano judicial competente esté constituido de antemano según criterios públicos y objetivos para disipar posibles sospechas, hace que la decisión adoptada por el juez sea aceptable para la parte vencida en el juicio”⁴³⁷.

434 José Luis Lazzarini. *El juicio de amparo*, Fondo editorial de derecho y economía, 2ª edición, Buenos Aires, 1988, pp. 217.

435 Silvia A Díaz. *La acción de amparo*, Editora La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 218.

436 TC/0053/18, de fecha 22 de marzo, 2018.

437 *Ibidem*.

La regulación de la competencia judicial es un asunto prioritario de la materia procesal. Por la competencia se determina la jurisdicción apta para conocer de los asuntos, se definen las especializaciones técnicas, los grados de jurisdicción, la naturaleza jurídica y las atribuciones *ratione materiae, rei y loci*. Con ella se evita el apoderamiento judicial selectivo a interés de particulares y contribuye a la garantía hacia la igualdad de todos comenzando por someterse a idénticas reglas de competencia.

Podría, ciertamente, plantearse por qué no ir a cualquier juez si tiene la *jurisdictio*. Sin embargo, la competencia no solo sirve para la organización y distribución de los asuntos judiciales, sino que también entraña los límites de los poderes del juzgador, en razón de que ningún poder puede ni debe ser ilimitado. Desde la perspectiva procesal, la competencia implica la atribución que se le confiere a una jurisdicción determinada, atendiendo al grado y a la materia. «Las normas de competencia son aquellas que, de diversas maneras, delimitan el ámbito de materias sobre el que puede ejercerse una competencia normativa; por ende, condicionan la validez de los actos normativos y de las normas creadas por ellos»⁴³⁸, mientras que la *jurisdictio* es el poder de decir el derecho cuya justicia se ruega.

La Ley núm. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales ha establecido un régimen de competencia de manera muy *sui generis*, considerando la particularidad de la materia que se concentra en un medio de garantías a la protección efectiva de los derechos fundamentales. Esta competencia se clasifica por su jurisdicción, por su afinidad en la materia y por el orden territorial.

- a) *Por su grado de jurisdicción, de ordinario, la acción de amparo es de la competencia del juzgado de primera instancia en única instancia.*

438 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, volumen I, *ob. cit.* pp. 270.

Desde la regulación inicial en la Resolución de fecha 24 de febrero de 1999 de la Suprema Corte de Justicia, se atribuyó la acción de amparo al juez de primera instancia. Esto mantuvo la Ley núm. 436-06, ya derogada, y que conserva la actual Ley núm.137-11 en su artículo 72. En la referida decisión judicial, la Suprema Corte de Justicia consideró:

...cuando por omisión del legislador no se ha establecido el procedimiento adecuado; que no obstante ser de principio que sólo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que ponga a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir, al tenor del citado artículo 25.1, que cualquier juez o tribunal del orden judicial, podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad 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 núm. 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.

A pesar de ser una materia especial, en principio y para el amparo general u ordinario, su atribución ha sido dada al tribunal del derecho común, por poseer plenitud de jurisdicción. Pero, cabe destacar que, además de la competencia expresa a todos los jueces de primera instancia, la ley de la materia también deja clara la competencia para los tribunales especializados o de excepción y hace reserva a la posibilidad de tribunales que pudieran crearse, como lo había estipulado el derogado artículo 10 de la Ley núm. 437-06. En este sentido, el actual artículo 74 prevé:

Los tribunales o jurisdicciones especializadas existentes o los que pudieran ser posteriormente establecidos,

deberán conocer también acciones de amparo, cuando el derecho fundamental vulnerado guarde afinidad o relación directa con el ámbito jurisdiccional específico que corresponda a ese tribunal especializado, debiendo seguirse, en todo caso, el procedimiento previsto por esta ley.

Por sentencia vinculante, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el juez de paz no tiene competencia para conocer y decidir la acción de amparo, aun el asunto a conocer sea conforme con su afinidad. El Tribunal fijó el criterio en ocasión de un amparo para suprimir un canal de riego, para el cual se apoderó al juez de paz por ser el juez natural para los asuntos de aguas, según la Ley núm. 5852 de 1962. No hay dudas que es el juez concededor de la materia a la que se vincula el litigio, pero no es un juez de primera instancia. La sentencia rendida fue declarada nula y enviado el caso al tribunal civil de primera instancia del lugar del hecho⁴³⁹.

Ante la aceptación de la competencia a los tribunales especializados, los tribunales de primera instancia de Niños, Niñas y Adolescentes conservan su facultad de estatuir en amparo, según el artículo 325 de la Ley núm. 136-03. Lo mismo que la jurisdicción inmobiliaria en su equivalencia como tribunal de primera instancia, lo que reconoció el Tribunal Constitucional precisando que los asuntos de derechos inmobiliarios son de la competencia de la jurisdicción inmobiliaria⁴⁴⁰.

Igualmente, la Ley núm. 137-11 ratifica la competencia a la jurisdicción Contenciosa Administrativa contra los actos u omisiones de la administración pública, quedando incluidas las establecidas en la Ley núm. 11-92 sobre Código Tributario. Atribuye la competencia al Tribunal Superior Electoral para las acciones de amparo electoral. Así consta en los artículos 75 y 114. Establece, a título

439 TC/0019 de fecha 21 de junio de 2012.

440 TC/102/13 de fecha 20 de junio; TC/0185/13 de fecha 11 de octubre. Citadas por Nassef Perdomo Cordero, ob.cit. pp.110.

de medida transitoria, que hasta que se creen los tribunales contencioso-administrativos de primer grado y respecto de los actos contra los municipios, será de la competencia del juzgado de primera instancia que corresponda al municipio. Para los juzgados divididos en sala, será de la competencia del presidente o quien tenga a su cargo las atribuciones civiles.

La misma jurisdicción constitucional no tiene competencia para conocer de las acciones directas en amparo de derechos fundamentales. Así lo ha aceptado el Tribunal Constitucional dominicano, expresando que:

“Las acciones de amparo no están comprendidas dentro de las competencias que reconocen al Tribunal Constitucional la Constitución y su ley orgánica, [especifica que] su competencia es revisora lo que le impide conocer directamente o *per saltum* una acción de amparo; por tanto es imperativo que la pretensión haya sido conocida previamente por un juez competente (...) para conocer de manera indirecta, a través del recurso de revisión de las sentencias dictadas por los jueces de primer grado”⁴⁴¹.

En la práctica, el Tribunal Constitucional hace uso selectivo de retención del amparo cuando anula o revoca la sentencia de primera instancia. Ha tenido casos que, anulada la sentencia lo remite al tribunal que le correspondía decidir el asunto⁴⁴² y otros que lo decide⁴⁴³ atendiendo a los principios de accesibilidad, celeridad e informalidad y considerando que se trata de la vulneración a derechos fundamentales.

- a) *Por su distribución en razón de la materia, el amparo es competencia del juez de primera instancia que guarde mayor afinidad y relación con el derecho fundamental alegadamente vulnerado.*

441 TC/0089/18 de fecha 27 de abril de 2018.

442 TC/0019/12 de fecha 21 de junio de 2012.

443 TC/0296/14 de fecha 19 de diciembre de 2014.

Ni la Constitución ni la Ley de la materia vigente crean una jurisdicción exclusiva para el amparo, sino que lo atribuyen a todos los jueces de primera instancia sin especificar a cuál en razón de la materia que juzgan. Nuestro ordenamiento jurídico ha dividido las atribuciones jurisdiccionales del juzgado de primera instancia en cámaras por materias, especializando así los tribunales y distinguiendo entre los tribunales comunes y los de excepción. De ello la inquietud de cuál sería el juez más eficaz, si el de lo penal, de lo civil, de lo laboral, de las personas menores, etc. ¿Por qué no especificar entre ellos y facilitar la determinación de la jurisdicción competente como lo ha hecho la ley ante las jurisdicciones administrativa o para los asuntos electorales?

La Suprema Corte dominicana había establecido el mismo criterio. Atribuyó la competencia de amparo al juez de primera instancia, pero no determinó a cuál de las cámaras correspondía conocer. Posteriormente, por Sentencia del Pleno, de fecha 10 de junio de 1999, especificó que la competencia es de la cámara de lo civil, en coherencia con la resolución de que el procedimiento a seguir sería el de los referimientos⁴⁴⁴; lo que resultó razonable considerando la afinidad de las atribuciones de los referimientos con el amparo, como son la urgencia y la cesación de actuaciones manifiestamente ilícitas; pero enfrentaba al juez de lo civil a valorar aspectos, esencialmente, relacionados con asuntos penales y otras áreas, no necesariamente de su dominio.

444 SCJ (Pleno), sentencia de 10 de junio de 1999: «Atendido, a que, de conformidad con nuestra Resolución del 24 de febrero de 1999, antes citada, la jurisdicción competente para conocer de toda acción de amparo, a los términos de los artículos 25.1 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución No. 739, del 25 de diciembre (sic) de 1977 y publicada en la Gaceta Oficial No.9460, del 11 de febrero de 1978, es el tribunal de primera instancia, o la cámara civil correspondiente, cuando esté dividido en cámaras, del lugar donde se haya producido el acto u omisión atacado, lo que se reafirma al trazarse por la indicada resolución el procedimiento a seguirse en esta materia, similar al establecido por el procedimiento civil para el referimiento».

Esa atribución limitada a lo civil provocó críticas respecto a la especialización de las materias que parece haber tomado en cuenta el legislador al atribuir el amparo a todos los jueces de primera instancia y no solo a los civilistas, sin mayor distinción que aquel que guarde mayor afinidad con el acto vulnerado, facilitando el acceso a la jurisdicción más favorable. Coincide con el artículo 3 de la Ley núm. 16.011 de amparo de Uruguay, que determina que serán competentes los jueces de primera instancia de la materia que corresponda al acto, hecho u omisión impugnados y del lugar en que estos produzcan sus efectos. Igualmente sucede en Argentina⁴⁴⁵.

Cabe indicar, que esa generalidad ha provocado confusión en algunos casos a la hora de decidir ante cuál de las materias se procurará el amparo, pues no siempre será simple seleccionar una jurisdicción con exclusión absoluta de otra, salvo las atribuidas al Tribunal Superior Electoral, si tomamos en cuenta que se trata de actuaciones tanto de la autoridad pública como de particulares y sobre asuntos de orden público, lo que deja al agraviado la elección de la jurisdicción, pero frente a la incertidumbre de la incompetencia. Igual dificultad podría plantearse cuando la acción de amparo sea contra la actitud o la omisión de un juez y este sea único de primera instancia, como todavía sucede en algunos distritos judiciales. No obstante, hay que reconocer que la selección jurisdiccional por materia no ha representado grandes problemas y se ha resuelto con la declaratoria de incompetencia por afinidad.

Se entiende que esta atribución a todos los tribunales de primera instancia responde al criterio de que la violación de derechos fundamentales puede provenir de actuaciones públicas y privadas relacionadas con cada una de las materias judiciales existentes. La ilicitud constitucional puede estar vinculada al ámbito penal, laboral, civil, administrativo, etc. Es decir, que la voluntad legislativa

445 Artículo 4 de la Ley 16.986 de 18 de octubre de 1966.

pretende que si la vulneración se produce con ocasión de un asunto penal sean los jueces penales los competentes, si es laboral sean los tribunales de trabajo o la jurisdicción inmobiliaria para la conculcación de derechos inmobiliarios, y así correlativamente. Este criterio se sostiene en razón de la especialización, en la facilidad de acceso al juez y ante la imposibilidad de prever todas las casuísticas posibles. Es una combinación del juez natural y el juez de justicia constitucional. Así lo dijo el Tribunal Constitucional refiriéndose a un caso de amparo que tenía por causa un acto de materia penal:

“[A] momento que la Segunda Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional declara su competencia, no desvirtúa la naturaleza misma del amparo en lo concerniente a su ámbito de competencia, pues en el caso, el juez penal era el juez natural para instruir y conocer una acción de amparo bajo la garantía efectiva del derecho de libertad o seguridad personal del individuo, conforme a la Constitución y a nuestro ordenamiento jurídico”⁴⁴⁶.

También tiene fundamento que por la naturaleza constitucional, el amparo como garantía no amerita distinción en razón de las materias de derecho común, ya que su especialidad radica en el conocimiento de los derechos fundamentales consagrados en el bloque de constitucionalidad, fuentes del derecho que deben ser del dominio de todos los jueces en su función de guardianes de la Constitución y garantes de dichos derechos fundamentales. Especialmente, porque al estatuir en amparo no se pronuncian sobre asuntos penales ni civiles, ni laborales, ni otros, sino más bien sobre las medidas que sean necesarias para hacer cesar la ilicitud que se alega, sancionando con la ineficacia la infracción constitucional. No obstante, es igualmente válido decir que el examen a la vulneración constitucional también requiere conocimiento de la materia

446 TC/0233/13 de fecha 29 de noviembre de 2013.

en que se conoce a fin de valorar si la actuación o la omisión no obedecen a las funciones consagradas en su normativa propia, ya que de su incumplimiento o la arbitrariedad se deducirá el derecho fundamental lesionado. Por ejemplo, se plantea cómo saber si un funcionario actuó en contrario a la Constitución por abuso de poder o fuera de su competencia, si no se conocen los límites de su atribución consagradas en la normativa correspondiente; por más que se desee es muy difícil el dominio de todas las leyes en sus diversas materias y cabe destacar que el conocimiento es también en garantía de justicia. La necesidad del estudio del ámbito impugnado en combinación con los principios y derechos constitucionales justifica que el amparo sea de la atribución de todos los jueces de primera instancia, cuya selección jurisdiccional lo determina el acto o la omisión atacada y no el justiciable.

En este sentido, Morello-Vallefin:

Los derechos constitucionales lesionados no aparecen en el mundo jurídico en estado de absoluta pureza, sino acompañados, normalmente, por un conjunto de leyes que reglamentan su ejercicio, de lo que resulta que es posible y necesario determinar un fuero especializado para entender el asunto⁴⁴⁷.

Tribunal Constitucional ha resaltado que el asunto llevado a un tribunal incompetente, lo correcto es remitirlo a la jurisdicción que corresponde⁴⁴⁸.

a) *Por su territorialidad, la acción de amparo es de la competencia del juzgado de primera instancia del lugar donde se haya manifestado el acto u omisión cuestionada (art.72).*

No hay duda de la razonabilidad en esta atribución territorial dada la naturaleza del asunto, puesto que será siempre el juez

447 Augusto Morello y Carlos Vallefin. *El amparo. Régimen Procesal*. 5 edición, Librería editora Platense, La Plata, 2004.pp 89.

448 TC/0296/14 de fecha 19 de noviembre de 2014.

más idóneo el del lugar donde se verifica la ilicitud, en aplicación del principio de inmediación, por el cual se entiende que el juez del lugar donde se produce la conducta lesiva es el que tiene mejores posibilidades de investigar el caso dada su proximidad a las partes y a las pruebas. Podría también considerarse el principio de inocencia, que toma en consideración el domicilio del intimado, facilitándole la jurisdicción en el entendido que nadie debe nada a otro hasta que se prueba la obligación o falta en su contra. Si bien no se refiere al domicilio del intimado, sino al lugar donde se manifestó el acto, guarda relación, ya que, generalmente, donde se generó la infracción tendrá el procesado su domicilio o función de la autoridad pública que atenta o vulnera el derecho fundamental conculcado, facilitando la defensa y la oficiosidad de la investigación.

En virtud del párrafo 3 del artículo 72 está expresamente prohibido que el juez declare de oficio su incompetencia territorial. Ante la claridad de que el acto o la omisión cuestionada emanen de un lugar diferente al juez apoderado, no puede el juez declinar de oficio su apoderamiento. Esto es así para evitar dilaciones que puedan perjudicar al accionante de amparo y porque todos los jueces del país, sin importar la materia ni el ámbito territorial, son jueces de la constitucionalidad. A diferencia de la Ley núm. 437-06, que prohibía la incompetencia de oficio, no solo respecto del ámbito territorial sino material, la Ley núm. 137-11 limita la prohibición a la incompetencia de oficio en razón del territorio y nada expresa respecto a la atribución del juez que guarde mayor afinidad.

Cuando el juez declara la incompetencia deberá indicar cuál es el tribunal competente *so pena* de denegación de justicia, la designación se impondrá a las partes y al juez de envío⁴⁴⁹.

449 Párrafo III del artículo 72 Ley 137-11 OTCPC.

La falta de especificidad de la declaratoria oficiosa por afinidad, parecería que la intención legislativa era dejar a los jueces de primera instancia en libertad de retener el amparo si entendieran de buena y rápida justicia decidirlo, especialmente si cuenta con la pericia respecto al acto o la omisión atacada, ya que posee la facultad de decidir sobre la vulneración de derechos fundamentales conforme al bloque de constitucionalidad, y a fin de evitar entorpecimiento procesal, tomando en cuenta que se trata de un recurso sumario, rápido, sencillo y no sujeto a formalidades que persigue hacer cesar la más groseras de las ilicitudes; pero no, el Tribunal Constitucional ha dado a la competencia por afinidad un carácter de orden público y una garantía del debido proceso y ha establecido la imposición oficiosa. Por varias sentencias ha fijado el criterio que el juez no puede conocer el amparo si no es de su competencia, es decir si el asunto a decidir en amparo no es de su afinidad. Ha anulado sentencias de amparo⁴⁵⁰ por venir de jueces que denomina incompetentes.

La competencia por afinidad es subjetiva, por lo que no parece razonable que se dé a esta atribución una incompetencia de carácter absoluto. No debería ser nula la sentencia dada por el juez de primera instancia en acción de amparo, salvo que expresamente el asunto se haya atribuido a un tribunal de manera expresa, como ocurre con las atribuciones ante el contencioso administrativo y ante el Tribunal Superior Electoral en las que tenemos una competencia claramente identificada.

Tampoco debería anularse una medida cautelar dada por un juez en acción de amparo de primera instancia, porque es que no deja de ser un juez de amparo. En contrario a este criterio, mediante Sentencia TC/0278/14⁴⁵¹, el Tribunal Constitucional da primacía a la competencia por afinidad sobre la necesidad de una medida

450 TC/0123/13 de fecha 4 de julio de 2013; TC/185/13 de fecha 11 de octubre de 2013.

451 Sentencia TC/0278/14 de fecha 8 de diciembre, 2014.

cautelar. En un caso en que el tribunal de primera instancia civil dispone de una medida precautoria y luego declina el asunto al Tribunal Superior Administrativo⁴⁵² por mayor afinidad, en recurso de revisión, el Tribunal Constitucional anuló la sentencia precautoria por provenir de un tribunal incompetente y declina al tribunal competente. El asunto tiene la particularidad de que no era susceptible de ser recurrida en revisión⁴⁵³, no obstante el Tribunal Constitucional admite el recurso y anula, en vez de declarar el recurso inadmisibile. El Tribunal ha dicho:

“Antes que el juez adopte medidas cautelares, conozca, instruya o decida un proceso debe tener la certeza de que es el juez naturalmente competente y, por tanto, corresponderá a él decidir todo cuanto concierna a la cuestión de que se trate. En el caso, el juez de amparo tenía, previo a cualquier decisión, aún de medidas cautelares, que verificar los alcances de su competencia y así evitar cualquier confusión procesal, en la especie tomando en cuenta que el envío al Tribunal Superior Administrativo era imperativo y que una decisión sobre incompetencia no resulta apelable (sic)”.

La decisión citada da un carácter absoluto a la competencia por afinidad y manda a los jueces a que ante todo verifique su competencia. Criterio que solo compartimos cuando se trata de tribunal de excepción⁴⁵⁴ y no así cuando el asunto sea de los tribunales de primera instancia ordinarios, en los que la afinidad es una organización por materia para facilitar la distribución especializada con la que se relaciona el objeto del amparo en aras de buena administración de justicia, pero si el juez tiene la pericia jurisdiccional en razón de la materia y todos son jueces de amparo, más que una

452 Artículo 75 LOTCPC.

453 Manda el párrafo II del artículo 86 de la LTCPC 137-11, que las medidas precautorias adoptadas permanecerán vigentes hasta el dictado de la sentencia sobre acción de amparo. Párrafo III: las sentencias dictadas sobre medidas precautorias solo pueden ser recurridas junto con las sentencias que sean rendidas sobre la acción de amparo.

454 Tribunal Superior Administrativo y Tribunal Superior Electoral.

incompetencia se trataría de una declinatoria por afinidad entre jueces competentes.

Naturalmente, se impone el criterio de incompetencia por el efecto vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional y es de interés a la seguridad jurídica para evitar la anarquía y el descontrol jurisdiccional que faciliten la escogencia voluntaria de jueces a interés del accionante. Sin dudas, es importante evitar el juego de la competencia jurisdiccional o la implicación de que los distintos órdenes jurisdiccionales resten la efectividad al procedimiento de protección a los derechos fundamentales.

- a) *Por sus atribuciones jurisdiccionales, la acción de amparo se encuentra limitada a los asuntos expuestos en el artículo 72 de la Constitución; y los artículos 65, 70, 104, 112 y 114 de la Ley núm. 137-11.*

De su estudio, es claro que la acción de amparo ha sido instituida para proteger a toda persona contra la arbitrariedad, la ilegalidad y el abuso de poder que vulneren, restrinjan, impidan, lesionen, incumplan o de cualquier manera actúen en contrario de los derechos fundamentales individuales o difusos, tipificando una infracción que importe al orden constitucional. La acción de amparo es también una acción preventiva, con miras a impedir la violación ante una amenaza inminente a un derecho fundamental.

Innova la Ley núm. 137-11 estableciendo el amparo de cumplimiento, el amparo electoral y regulando el amparo colectivo, siempre bajo el mismo procedimiento a seguir. Procederá el amparo de cumplimiento cuando la acción tenga por objeto hacer cumplir una norma o un acto administrativo o la elaboración de un acto o reglamento a su cargo; es decir, ante una obligación de hacer a la que se resiste el funcionario o la autoridad pública correspondiente. Es una vía ante la inercia o la negativa a cumplir un deber o una obligación de ejecutar que ha dejado al accionante en amparo en la impotencia del ejercicio de su derecho.

Esta acción al constreñimiento deberá interponerse ante el juez de primera instancia que guarde mayor afinidad a la actuación que se reclama, que si fuese contra la administración pública será de la competencia de atribución del Tribunal Superior Administrativo, en aplicación combinada de los artículos 75 y 104 de la Ley de los Procedimientos Constitucionales.

La Ley de Aduanas N° 226-06 en su artículo 19 dispone:

«[T]iene competencia especial y exclusiva para conocer de todo recurso de amparo relacionado con la presente ley el Tribunal Contencioso Tributario (debe leerse Tribunal Superior Administrativo), bajo los términos expresados en el artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los casos en que cualquier persona se considere lesionada en sus derechos y libertades fundamentales por una actuación de la Dirección General de Aduanas, siempre y cuando la persona haya agotado las vías procesales previas puestas a su alcance»⁴⁵⁵.

Esta ley, en cuanto a la jurisdicción competente, no resulta contraria a la Ley núm. 137-11, la cual no la deroga expresamente, sino que ratifica implícitamente esa atribución al establecer el tribunal que guarde mayor relación con el acto y de que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente contra los actos de la administración pública.

Será competencia del Tribunal Superior Electoral la acción de amparo que persiga la protección de derechos electorales de partidos políticos, que se deduzcan de su ley orgánica o de la Constitución. Sin embargo, en el artículo 114 se excluyen de la competencia del Tribunal Superior Electoral las acciones cuando afecten a los derechos electorales no partidarios, como son las elecciones de gremios, de asociaciones profesionales o de cualquier tipo de entidad no partidaria, en cuyo caso serán de la competencia del juez

455 Ley 226-06 del 19 de junio de 2006, sobre Aduanas, que modifica, entre otros, el artículo 186 de la Ley n°.3489.

de primera instancia que guarde mayor afinidad con el derecho vulnerado y del lugar donde se produzca la actuación ilícita. Indica el Tribunal Constitucional que el amparo electoral “es un mecanismo de protección de derechos fundamentales para tutelar efectivamente los derechos políticos - electorales de los ciudadano, así como los partidos políticos y sus miembros frente a situaciones concretas de amenazas o lesión en el plano electoral”⁴⁵⁶.

En lo que se refiere a la protección de los derechos sociales, el artículo 112 prevé la protección de los derechos colectivos y del medio ambiente y de los intereses colectivos y difusos para prevenir un daño grave, actual o inminente, hacer cesar una turbación ilícita o indebida, para exigir la reposición de las cosas al estado anterior al daño producido o la reparación pertinente. Caso en los cuales, también será de la competencia del juez de primera instancia ordinario, salvo que se trate de una acción contra la administración pública que será, como ya indicamos, ante el contencioso-administrativo.

En sentido general y como norma primaria, parece fácil entender que es atribución de la materia de amparo toda violación de derechos fundamentales o toda acción tendente a evitarla. Pero, en ello radica también su dificultad, ya que todos los derechos subjetivos están cimentados en derechos fundamentales. En definitiva, si nos planteamos cómo identificar lo propio del amparo como acción garantista y proteccionista de los derechos fundamentales, una posible fórmula sería **por su objeto y no solo por sus motivos**. Ha indicado el Tribunal Constitucional que se *evalúe de manera general, las pretensiones del accionante*⁴⁵⁷.

La acción de amparo debe perseguir únicamente la comprobación de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la decisión debe dirigirse hacia la garantía y protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado y que amerita hacer cesar. No se trata

456 TC/0068/13 de fecha 26 de abril. Citada por Nassef Perdomo Cordero, pp. 836.

457 TC/0212/13 de fecha 22 de noviembre de 2013.

de derechos que pudieran disputarse entre partes ni que merecen un reconocimiento por la acción misma.

El derecho que se busca proteger en amparo es un derecho que se tiene, pre-constituido e incontestable, y que sin ninguna justificación jurídica y en abuso de poder impide o lesiona un particular o una autoridad pública, con excepción de los derechos protegidos por el *hábeas corpus* y el *hábeas data*, que constituyen otras garantías constitucionales debidamente reguladas al tenor de los artículos 70 y 71 de la Constitución. Cuando se acude en amparo, la pretensión o el objeto de la acción es únicamente para procurar que cese o se anule un estado de violación manifiesta a un derecho fundamental, es decir que la atribución se define por lo que se pide y no por lo que se argumenta, puesto que en todos los casos judiciales hay un derecho fundamental para hacer valer lo que se pide. En este detalle radica la diferencia. Si el derecho fundamental es solo un medio de defensa, pero lo que se persigue son derechos subjetivos patrimoniales o de asuntos expresamente atribuido a la jurisdicción en razón de la materia, entonces no se trata de una acción de amparo propiamente dicha. Este análisis se complementa con las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 70 que se exponen en capítulos siguientes.

Es útil citar el artículo 91 de la Ley núm.137-11, que determina que la sentencia de amparo se limitará a prescribir las medidas necesarias para la pronta y completa restauración del derecho fundamental conculcado al reclamante y para hacer cesar la amenaza a su pleno goce y ejercicio. De este límite se deduce su competencia de atribución y su autonomía propia.

CAPÍTULO 18. El desenvolvimiento del proceso de amparo

Miguelina Ureña Núñez

El proceso comprende una sucesión de actos por lo que se logra el movimiento material y formal de la acción en justicia, bajo un sistema normativo estricto constituido por reglas preestablecidas y decretadas de orden público, las que deben ser congruentes al debido proceso constitucional que impone garantías mínimas para la tutela jurisdiccional. La formalidad y progreso del procedimiento varía atendiendo a la finalidad y naturaleza de la acción, las que el legislador establece atendiendo a la reserva legal que le confiere la Constitución.

El procedimiento en materia de justicia constitucional de amparo es diferenciado respecto de cada uno de los procedimientos ordinarios instituidos por las reglas de competencia de atribución que en razón de la materia forman el sistema procesal de justicia dominicano, sencillamente porque en amparo no se persigue una sentencia constitutiva de un derecho, sino la protección de un derecho fundamental que se tiene y que es objeto de una perturbación manifiestamente arbitraria.

El proceso de amparo es solo sancionador del acto mismo con que se vulneren derechos fundamentales, por ello sus pasos son

flexibles y constitucionalmente consagrados como un proceso sumario, sencillo y no sujetos a formalidades, en coherencia con artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁵⁸. En este capítulo nos concentramos en las particularidades de este procedimiento, iniciando por la manera del apoderamiento e impulsión procesal, la posibilidad de medidas cautelares que pueden ser oficiosas, la modalidad de la instrucción probatoria y los incidentes procesales previstos en la Ley de la materia y los que no podrían ser recibidos por la naturaleza de esta acción. Capítulos sucesivos tratan la sentencia y las vías de recursos de este procedimiento especial.

18.1 El apoderamiento e impulsión procesal en amparo

El procedimiento de amparo pretende ser un instrumento práctico y efectivo para sancionar la infracción constitucional objeto de la acción. Cuenta con formas y plazos que se caracterizan por la flexibilidad. Se trata de un procedimiento autónomo y sencillo y será de fácil comprensión en la medida que se logre entender que se separa de las tradicionales complejidades de los procedimientos ordinarios.

La persona interesada en acudir al amparo deberá someter su petición por escrito depositado en la secretaría del tribunal competente, adjuntando los documentos e indicando los demás medios probatorios que va a hacer valer, con mención de la finalidad probatoria y solicitando la fijación de la audiencia. Se trata de una instancia motivada. El artículo 76 esboza las menciones requeridas, tales como la indicación del tribunal, generales del accionante, identificación de la parte intimada como agravante con alusión a su domicilio, enunciación del acto o la omisión que alega

458 Toda persona tiene derecho a un recurso rápido y sencillo y a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la ley, aun cuando esas personas actúen en el ejercicio de sus funciones. Ratificado mediante la Resolución número 739 del 25 de diciembre de 1977 del Congreso Nacional dominicano.

constituye la infracción constitucional en su perjuicio. Exposición ordenada de la sustentación de denuncia e identificación de los derechos fundamentales lesionados, fecha y firma del solicitante o su representado. En fin, todas las aclaraciones que permitan al juez determinar sobre qué tendrá que estatuir.

Tantos requerimientos parecen estar en contra de las características de sencillez, rapidez, informalidad y oralidad del amparo, a sabiendas de que no es imprescindible el ministerio de abogado y de que solicita aspectos muy técnicos, como la indicación clara y precisa del derecho fundamental y la mención de la finalidad probatoria, lo cual solo puede hacer eficientemente un abogado. No obstante, ninguna es a pena de nulidad y a fin de no causar indefensión, la misma ley indica que si la persona que reclama carece de aptitud para la redacción puede utilizar la asistencia del tribunal.

Naturalmente, es necesario el apoderamiento y debe ser por escrito, ya que ni siquiera en esta materia el juzgador puede auto apoderarse y no puede negarse la utilidad de la escritura y de las menciones citadas. Su contenido preciso y sustentado sobre la infracción facilita la labor jurisdiccional, el derecho de defensa y la exactitud del interés de quien se entiende agraviado, de modo que con el escrito se pueda hacer un análisis de la acción. Otras legislaciones así lo consagran, la ley argentina dispone que la demanda deba ser por escrito y en esta deben observarse ciertos requisitos. Igual exigencia se hace en España.

Dichos requerimientos fueran contrarios a la Constitución si la falta de algunas de las menciones diera lugar a no recibir o a la nulidad, caso que entrañaría una violación de los principios rectores de la justicia constitucional que se dispone sin formalidad.

Cuando el accionante no pueda ni cuente con el ministerio de abogado, el tribunal deberá facilitar la interposición de la acción a través de un empleado que de la voz del amparista obtenga

las menciones imprescindibles como son los señalamientos de los actos u omisiones alegadas como causa generadora de la infracción constitucional, la persona física o jurídica que lo vulnera y su domicilio. Compete al tribunal suplir de oficio los derechos fundamentales conculcados a partir de los actos o las omisiones que se hayan comprobado. En este sentido, el artículo 85 de la Ley núm. 137-11 manda al juez que supla de oficio cualquier medio de derecho, con este mandato reconoce y fortalece el principio *iura novit curia*, que en palabras de Couture, da al juez la libertad de "(...) elegir las normas jurídicas que, a su juicio, sirven de guía para la resolución del litigio, así como para efectuar el razonamiento jurídico que estime más adecuado, sin que en ninguno de los dos aspectos esté vinculado por lo que hayan manifestado las partes y, en consecuencia, sin que su sentencia incurra en vicio de incongruencia"⁴⁵⁹.

La antigua Ley núm. 437-06 permitía la inadmisibilidad sin juicio previo cuando la acción fuere notoriamente infundada, a través de un examen *a limine* de los méritos de la acción y de la competencia de atribución, evitando la apertura a juicio ante lo ostensiblemente infundado. De modo que para que hubiera lugar a la apertura de la acción, los medios y las pruebas aportadas debían ser, al menos en principio, lo suficientemente convincentes de la existencia de una vulneración de un derecho fundamental y que este ameritara su restitución. Esto dejaba claro que la acción debía estar fundamentada en cuestiones ciertas y actuales o al menos inminentes, que se desprendiesen de la razón de ser de esta acción que tiene por finalidad hacer cesar una turbación ilícita a derechos fundamentales, el abuso de poder y la garantía de derechos reconocidos por la Constitución, por la ley o por la justicia misma, lo que en la *praxis* dominicana ha servido para determinar lo "ostensiblemente improcedente", inclinándose hacia la verificación de la competencia de atribución, a su carácter de

459 Eduardo Couture. *Fundamento del Derecho Procesal Civil* Euros Editores, S.R.L, Buenos Aires, 2014, pp.107.

constitucionalidad y al estudio de saber si la pretensión perseguida encuentra protección efectiva por otra vía jurisdiccional que le garantizara la solución.

Esa intención procesal radicaba en evitar los juicios innecesarios y el abuso de la vía del amparo, sometiéndolo al control previo del juez como medio de garantía a las atribuciones fijadas y a la seriedad y necesidad de su apertura, como ocurre en otras materias. El artículo 3 de la ley argentina de amparo 16.986 dispone en igual sentido: «*si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación ordenando el archivo de las actuaciones*».

La referida prerrogativa de inadmisión previa enfrentaba fundamentos opuestos, bajo el argumento de que impide el acceso a la justicia y la oportunidad de demostrar la pretensión perseguida dejando al accionante en indefensión y porque viola el derecho que tiene toda persona a la jurisdicción, toda vez que la decisión rendida no surge por efecto de un proceso. Este criterio lo sostiene José Machado, indicando que «*la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción y sólo en términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recae*»⁴⁶⁰. De no ser así, la decisión que intervenga también podría requerir el amparo por tutela efectiva ante la violación de principios constitucionales. En cambio, no se niega que era una forma de evitar procesos en los que desde la solicitud podía establecerse su improcedencia por amparo; no se puede decir que se negaba justicia porque intervenía el juez aunque en funciones administrativas, de la que no había autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada; no obstante es justo reconocer que con la audiencia y un proceso oral y contradictorio es que se puede otorgar una adecuada tutela judicial.

460 José Machado Plaza. *Constitucionalización del proceso civil*. Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo. 2005, p 61.

La nueva Ley núm. 137-11 deroga esa posibilidad de inadmisión, imponiendo la necesidad de la instrucción de la acción y solo después de instruida el juez podrá declararla inadmisibile por esos mismos motivos de notoriamente infundada, por prescripción o porque existan otras vías judiciales para la consecución de la protección del derecho que persigue; así lo dispone el artículo 70, aspecto que se trata en los capítulos siguientes.

Los artículos 77, 78, 81 y 82, la Ley del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales regulan la forma de obtener la audiencia, la notificación y el plazo a respetar para garantizar el derecho de defensa. Dispone esta regulación que dentro de los tres días de recibida la instancia, el juez dará auto fijando audiencia en un plazo no mayor de cinco días y autoriza al reclamante a citar al presunto agravante para conocer los méritos de la acción, quien deberá ser citado en un plazo mínimo de un día franco entre la fecha de la citación y la audiencia.

Juzgó el Tribunal Constitucional dominicano que la audiencia de amparo:

“... “Siempre será oral, publica y contradictoria”, como garantía al debido proceso; toda vez que es ante un escenario de tal naturaleza que el juez de amparo se encontrará en las condiciones suficientes para evaluar _ concretamente _ la situación procesal del caso del cual ha sido apoderado y así poder determinar si se han satisfecho las condiciones de admisibilidad exigida por el legislador, todo para no incurrir en violación de las garantías procesales mínimas que han de ser suministrada a cada justiciable. (...) Que es menester que el tribunal de amparo garantice al accionante la protección de las garantías procesales que le incumben para exigir que sean restaurados o protegidos los derechos fundamentales que le han sido lacerados o se encuentran amenazados, esto es, a través de la fijación *prima facie* de una audiencia a la cual pueda acudir debidamente representado por sí, a hacer valer sus pretensiones

y elementos de pruebas en igualdad de armas procesales que su contraparte, lo cual es cónsono con lo proferido en el supra indicado artículo 69 de la Carta Magna⁴⁶¹.

En caso de urgencia y por solicitud motivada, el juez podrá permitir la citación de hora a hora aún en días feriados o de descanso, o la abreviación de los plazos, asegurándose de que medie un tiempo razonable entre la citación y la audiencia. Aclara el Tribunal Constitucional que:

“Si bien la Ley núm. 137-11 consagra esta facultad para la materia de amparo, su aplicación está reservada, por lo general, al tribunal que conoce primariamente la acción, ya que es en esta instancia donde se celebran audiencias y se adoptan medidas de instrucción. En ocasión del conocimiento del recurso que nos ocupa [refiriéndose al recurso de revisión de amparo], la celebración de la audiencia es facultativa y excepcional, de manera que la urgencia pudiera tener lugar únicamente en lo relativo al plazo para fallar⁴⁶².

La citación contendrá copia del auto que le permite la citación, copia de la instancia y de los documentos que hayan sido depositados y la indicación de los medios de prueba a utilizar, con la mención de su finalidad probatoria. La parte intimada podrá depositar los medios probatorios que hará valer antes o en la audiencia, cuidando el respeto a la contradicción. Si el amparista no tiene los medios para la citación, el juez deberá comisionar sin costo al ministerial adscrito al tribunal, puesto que ni la ignorancia ni la insolvencia pueden ser impedimentos para que la parte agraviada pueda accionar en amparo.

El plazo de un día franco es suficiente para esta materia en razón de la concentración de su objeto. Solo podrá aplazarse por su

461 TC/0596/15, de fecha 15 de diciembre de 2015. Citada por Nassef Perdomo Cordero, ob.cit.pp.829.

462 TC/00049/12, de fecha 15 de octubre y TC/0097/13.

posible complejidad o por la necesidad de requerir pruebas que no han sido aportadas en la misma audiencia, excepcionalmente podría aplazarse para el estudio de documentos aportados o para contradecirlo; pero la intención de fijar el expresado plazo no ha sido la constitución de un plazo cerrado, sino la disposición de un plazo cierto en el ánimo de asegurar un juicio rápido en función de los fines del amparo que persigue el pronunciamiento contra una actuación arbitraria e inconstitucional de derechos legalmente reconocidos, pero sin que ello implique vulneración alguna al derecho de defensa. En estos mismos términos escribe Carlos Bernal Pulido y comentando una decisión del Tribunal Constitucional de Colombia opina que la celeridad no puede ser un principio absoluto, sino que debe haber equilibrio con el derecho de defensa, por tanto un tiempo mínimo para comparecer a juicio y preparar la defensa; tampoco puede haber dilaciones injustificadas porque con ello se vulnera la debido proceso⁴⁶³.

El juez debe procurar que no haya aplazamientos irrazonables y enfrentar la cultura litigiosa de “aplazar porque es la primera audiencia” y se necesita tiempo para preparar la defensa o aportar medios probatorios, que en una mayoría significativa de casos bien puede aportarse en la audiencia o resultan inútiles a los fines de la acción. El juez de amparo debe educar para un cambio impidiendo el retraso procesal ante lo ostensible, con medidas pertinentes como, por ejemplo, dar plazo de hora a hora para conocer la documentación, sin el miedo de violar el debido proceso, lo importante es que dé un espacio razonable de estudio de esos a documentación, cuyo tiempo dependerá de la necesidad del asunto, sin perder de vista que el amparo no busca otorgar derechos, sino proteger un derecho fundamental que se tiene y se dice vulnerado o amenazado, por lo que no amerita de un

463 Cfr. Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos*. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 372.

proceso arduo, sino reducido al alcance de la competencia de la justicia constitucional que se procura.

La audiencia en amparo debe ser sencilla, práctica, flexible ante las formalidades, aunque con solemnidad. Las partes pueden siempre ser escuchadas directamente por el juez, hacer oír a cualquier persona que pueda contribuir con la verdad, sin la acreditación previa, sino en la misma audiencia. No es un proceso que sanciona la persona llamada como agravante, sino que sanciona el acto o el hecho generador de la infracción constitucional; por ello, en jurisdicciones foráneas se le entiende como un proceso de anulación caracterizado por la oralidad, por la inmediatez y por la concentración⁴⁶⁴, lo que impone abreviar para la eficacia y para evitar dar al amparo la igualdad de un proceso propio de las materias de contestaciones serias que conceden derechos patrimoniales o que sancionan penalmente.

Iniciada la audiencia debe el juez asegurarse de tener claro cuáles han sido las causas generadoras del amparo, de modo que el desarrollo procesal se encamine en esa única dirección y en esa concentración. Si se encontrara que la instancia no resultare comprensiva ni delimitada, debe dejarse en acta de audiencia la exactitud del apoderamiento deducido del cuestionamiento de las partes, puesto que es imprescindible para el tribunal orientar el proceso, tomar las medidas precautorias que fueran necesarias y garantizar el respeto al derecho de defensa. El tribunal puede regularizar para evitar la indefensión, pero no puede cambiar la causa de la acción, so pena de transgredir la inmutabilidad.

Naturalmente, la practicidad e informalidad no debe sobreponerse al debido proceso. El juzgador debe cumplir con las garantías procesales, especialmente con el sagrado derecho de defensa en apego a la citación y a la contradicción, puesto que jamás debe juzgarse a quien no ha sido debidamente citado, ni admitirse

464 Cfr. Juventino V. Castro. ob.cit. pp.131.

pruebas ilegales, con lo cual no habría tutela procesal, pues como lo explica Chiovenda, “su falta lleva al desorden, a la confusión y a la incertidumbre, no sólo como una exigencia del interés general para asegurar el buen funcionamiento de la justicia, sino también, en servicio del interés privado del litigante, como de sus propios derechos”⁴⁶⁵.

En el proceso de amparo cabe destacar que una vez fijada la audiencia el juez debe estatuir aun en la ausencia del accionante. Con bastante claridad dispone el párrafo 3 del artículo 81 la Ley núm. 137-11, que la *no comparecencia de una de las partes, si esta ha sido legalmente citada, no suspende el procedimiento*. Es decir, que aun no el amparista no asista, igual se conoce el asunto y el juez puede disponer la procuración de la prueba oficiosamente. En un caso en que el peticionante de amparo no asistió, el tribunal civil apoderado en amparo pronunció el defecto y compensó las costas, lo que tuvo que revocar el Tribunal Constitucional, por la importante aclaración de la autonomía procesal, citamos que:

“...ante la incomparecencia del accionante, al juez de amparo se le imponía sustanciar el caso, toda vez que dicha acción y todo lo que de ella derive, hasta la ejecución de la decisión correspondiente, es de eminente orden público. De ahí que la sustentación normativa dada por el juez en la sentencia recurrida, elude y transgrede las reglas procedimentales que rigen, de manera especial, la acción de amparo, al aplicar reglas del procedimiento civil, cuyo carácter es sólo subsidiario en casos de algunas ambigüedades de la ley que regula esta materia. En efecto, así lo establece el artículo 7.12 de la referida Ley núm.137-11. Para la solución de toda imprevisión oscuridad insuficiencia o ambigüedad de esta ley, se aplicarán supletoriamente los principios generales del derecho procesal constitucional y sólo subsidiariamente las normas

465 Giusepe, Chiovenda. *Principios de Derecho Procesal Civil, ob. cit.*, tomo II, p. 10.

procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradiga los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.

La desnaturalización del proceso verificable a todas luces en la sentencia recurrida, vulnera el principio de congruencia procesal, que impone al juez el deber de sustentar su decisión, no solo refiriéndose a los hechos de las partes, sino también aplicando las normas jurídicas pertinentes. Vulnera el principio de efectividad, en virtud del cual, todo juez o tribunal debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos, respetando las garantías mínimas del debido proceso y está obligado utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades. Y el principio de gratitud, al disponer en sus motivaciones y dispositivo la compensación de las costas del procedimiento, en franca contradicción con lo establecido en el artículo 7.6 y 66 de la Ley núm. 137-11⁴⁶⁶

Fundamentado en el principio de oralidad y de oficiosidad, el juez debe asumir un rol activo a través de la impulsión procesal judicial. Un rol diferenciador de la justicia ordinaria, en la que el juez es garantía de los derechos fundamentales y goza de la potestad de otorgar, incluso, una tutela previa a través de las medidas cautelares.

18.2 Excepcionalidad de las medidas precautorias en amparo

La Ley de los procedimientos constitucionales ha previsto las medidas precautorias cuando tengan carácter de urgencia a fin de garantizar que no se aniquile por anticipación el amparo que

466 TC/0542/15, de fecha 13 de octubre, 2015.

se reclama⁴⁶⁷, siempre, por supuesto, que no pueda esperar la sentencia definitiva. Las medidas cautelares son decisiones preventivas que buscan conservar o paralizar la actuación o el objeto con el que se arguye la conculcación a un derecho fundamental y hasta tanto se compruebe la ilegitimidad que se afirma, si el amparo se estimara procedente la cautela sirve de efectividad previa y si el amparo se desestima, la medida queda aniquilada sin mayores consecuencias. Se refieren a una justicia anticipada de seguridad⁴⁶⁸, que hallan su fundamento en el principio de tutela efectiva y el principio pro amparo⁴⁶⁹, pues es un deber judicial evitar que la espera a la decisión definitiva haga inútil los fines de la acción.

Las decisiones precautorias deben ser consideradas de manera excepcional, dada la prontitud que la ley manda a que se conozca el amparo; para el caso en que deba prolongarse el juicio, entonces, se impone al juez un deber de vigilancia y de diligencia para asegurar que el proceso no pierda su eficacia siempre que se evidencie peligro en la demora. La decisión de cautela valora que la casuística requiera una oportunidad a la demostración de la vulneración que se alega, la cual no ata al juez en su decisión final. Si tuviera que posponerse el conocimiento de la audiencia por razones sustanciales al proceso, debe el tribunal tomar las medidas de efectividad para evitar que se produzca el hecho en

467 Artículo 86 de la Ley 137-11 LOTCPC: Medidas Precautorias. El juez apoderado de la acción de amparo puede ordenar en cualquier etapa del proceso, a petición escrita o verbal del reclamante o de oficio, la adopción de medidas, urgentes que, según las circunstancias, se estimen más idónea para asegurar provisionalmente la efectividad del derecho fundamental alegadamente lesionado, restringido, alterado o amenazado.

468 CN Civ, Sala A. Di Paolo c/Burstyn y otros. J.A. Semanario del 12/100. P.73. Citado por Pablo Gallegos Fradreani. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*. 2 Edición. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2006, pp.31.

469 Presunción de verdad que permiten que la autoridad judicial restablezca, a la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Jurisprudencia. Sala constitucional. Sentencia n°.7 de 1 de febrero de 2000. Venezuela; Gianni Piva y Trina Pinto, Amparo constitucional, Libresca, Caracas, 2004, p. 19.

el tiempo de espera a la próxima vista, aún la espera sea de un día, pues como lo indica la Ley es para *asegurar provisionalmente la efectividad del derecho fundamental alegadamente lesionado, restringido, alterado o amenazado*⁴⁷⁰. Naturalmente, se impone la prudencia y la verificación de la urgencia y no por la sola solicitud, siendo esencial que pueda verse la necesidad de prever un riesgo irreparable.

A título de ejemplo, están los casos de suspensión de sentencias dadas en amparo, en las que es necesario considerar que no se haya ejecutado; como lo indica el Tribunal Constitucional “resulta imposible evitar la ejecución de lo que ya fue ejecutado, sin violentar el principio de preclusión”⁴⁷¹; o bien que no sea susceptible de suspensión, como ocurre en las acciones directa de inconstitucionalidad⁴⁷². También, los casos que persiguen detener una obra de construcción que se dice afectará el medio ambiente, como se alega en los casos de instalaciones de expendio de combustibles o evitar la destrucción de un inmueble histórico o impedir un hecho o un acto con el que se arguye afectará un derecho fundamental, es decir medidas previas que pueden ser de *no innovar* que solo paralizan o *innovativas* que buscan reponer una situación preexistente⁴⁷³.

Valorando la efectividad y la urgencia, el Tribunal Constitucional dominicano reprochó la omisión de estatuir sobre la petición a

470 Artículo 86 de la Ley 137-11.

471 Sentencia TC/0006/12.

472 Sentencia TC/0077/15. En igual sentido la Sentencia TC/0200/13 pronunciado que: “la acción directa de inconstitucionalidad no puede ser objeto de una suspensión debido al efecto erga omnes que la caracteriza; pues, contrario a los recursos de revisión de la decisión jurisdiccional, en los que el legislador ha previsto un procedimiento para el cese de los efectos de las sentencias impugnadas y que inciden directamente en las partes involucradas en el fallo, la interrupción de los efectos de las normas atacadas por la vía de la acción de inconstitucionalidad afectaría a todas las personas. Estos, en adición al hecho de que dar solución al requerimiento de suspensión implicaría prejuzgar aspectos de fondo que están reservados al análisis propio de la acción directa en inconstitucionalidad cursada”.

473 Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*. Vol.2, Segunda Edición, Santo Domingo, Jus Novum, 2012, pp.178.

una medida precautoria. Se trató de un caso de amparo procurando la nulidad de la resolución sobre el proceso de elección de los primeros miembros del Consejo Superior del Ministerio Público, declarado inadmisibles por existencia de otra vía efectiva y no se refirió a la suspensión de la ejecución de la resolución. El Tribunal Constitucional consideró que el amparo era admisible y sobre la medida cautelar refirió:

“Esta omisión agrava la situación, ya que el hecho que supuestamente vulneraba derechos fundamentales no se pudo evitar, consumándose que las partes accionantes obtuviesen algún tipo de respuesta sobre dicho pedimento. Esta última situación denota una grave violación al deber que tiene cada juez de aplicar una tutela judicial efectiva en todos los casos, lo que sí constituye una violación al artículo 69 de la Constitución dominicana”⁴⁷⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “las medidas cautelares tienen un carácter no sólo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos”⁴⁷⁵. Por su parte, el Tribunal Constitucional Dominicano valora que:

“La tutela cautelar es parte integrante de los procesos constitucionales, puesto que contribuye a prevenir la afectación de bienes jurídicos que se debaten en los derechos controvertidos y que se hace necesario preservar hasta que intervenga un fallo definitivo. Las medidas cautelares como remedio procesal constituyen un valioso instrumento para garantizar que durante el desarrollo del proceso, los derechos de las partes permanezcan inalterables. Esta institución exhibe hoy gran utilidad práctica como mecanismo de protección, al que el juez puede acudir en caso necesario, habilitándole para que, en determinadas

474 TC/0197/13, de fecha 31 de octubre, 2013.

475 Medidas Provisionales respecto de la República de Costa Rica. Resolución de fecha 6 de diciembre de 2001, caso del Periódico La Nación.

circunstancias del proceso, adopte una decisión provisional para evitar los riesgos que entraña la demora para los intereses del peticionante; se trata de una decisión anticipada del derecho reclamado que bien puede prevenir daños irreparables o evitar la comunidad de una situación que se está consumando.

Cónsono con ello, la Ley núm. 137-11 en su artículo 7.4 autoriza a todo juez o tribunal a garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales, respetando las garantías mínimas del debido proceso y a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades⁴⁷⁶.

En amparo las disposiciones cautelares son jurisdiccionales, es decir se dictan en el curso de un proceso y en contradicción entre las partes presentes o debidamente citadas, salvo las que son llevadas por ante el Tribunal Constitucional que tiene la prerrogativa de disponerlas o rechazarlas sin la oralidad e *in audita parte*. Constituyen instrumentos por ser un asunto accesorio y no principal. Por ello la doctrina las caracteriza de jurisdiccionales e instrumentales en razón de que vienen dadas por los jueces y por ser mecanismos de evitar la frustración de lo que se persigue⁴⁷⁷. Tienen carácter *subsidiario e indivisible* de lo principal⁴⁷⁸. María Pía Calderón expone que “como instrumento que es, la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en la relación al proceso principal, es decir a la tutela jurisdiccional que en él se presta⁴⁷⁹”.

476 Sentencia TC/0077/15.

477 Botos Martínez. *Medidas Cautelares*. Ed. Universidad de Bs. As. Argentina, 1990, pp. 27.

478 Lino Palacio. “Proceso cautelar carece de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia- resolución que debe dictarse en otro proceso, al cual se encuentra necesariamente vinculado por un nexo de instrumentalidad o subsidiariedad. Citado por Marino Peláez Bardales, ob.cit. p 16.

479 *Ibidem*

Explica Peláez Bardales que al conceder la medida el juez deberá evaluar “algo más que la simple invocación del derecho y algo menos que la certeza del mismo”⁴⁸⁰. Para Gallegos Dedriano, se satisface con un “juicio de probabilidad o de verisimilitud; declarar la certeza del derecho corresponde al proceso principal”⁴⁸¹.

Las medidas precautorias son provisionales y temporales. El Tribunal Constitucional de España reflexiona sobre las implicaciones de la medida en asuntos de derechos fundamentales y destaca la forma, la provisionalidad, la sumariedad y la temporalidad analizando que:

“... la certeza y precisión exigibles al legislador en la determinación de la forma en la que tal medida debe decretarse son menores en razón de la urgencia y temporabilidad con que se adopta. (...) debe poder revisarse en cualquier momento y levantarse en cuanto desaparezcan las causas que la hayan motivado; y la sumariedad del procedimiento en el que deba acordarse, hacen que los efectos de la tal medida de urgencia sobre el ejercicio de las libertades del art. 20.1 C.E. sean de menor intensidad que aquellas otras que pueden implicar una privación de derechos fundamentales de mayor severidad. Menor intensidad en la limitación temporal del ejercicio de un derecho fundamental que permite una menor taxatividad en la norma que regula la medida de urgencia que posee ese efecto limitativo”⁴⁸².

Las reconocidas voces de la doctrina procesal constitucional identifican dos importantes presupuestos para que se conceda una medida cautelar como una tutela de urgencia: *fumus boni juris* y el *periculum in mora*. El primero se refiere a la apariencia de buen derecho, que envuelve una apreciación subjetiva de preeminencia

480 Gallegos, ob. cit. pp.v.

481 *Ibidem*. pp.120-121.

482 Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Sentencia 34/2010, de 19 de julio de 2010 (BOE núm.192 de 09 de agosto de 2010, hj.tribunalconstitucional.es)

de los derechos fundamentales, que se conforma con lo aparente, ante *una cuasi certeza y una técnica de sumarización, un prejuzgamiento a quien con justo título aparenta tener mejor derecho que el emplazado*⁴⁸³; una ponderación de qué afecta más, si la *cautela condicionada a la sentencia de méritos que vendrá*⁴⁸⁴ o la seguridad jurídica de un derecho adquirido. En este sentido ha juzgado el Tribunal Constitucional dominicano que:

Las decisiones que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada tienen una presunción de validez y romper dicha presunción, _consecuentemente afectando la seguridad jurídica creada por estas_ solo debe responder a situaciones muy excepcionales. Es decir, según la doctrina más socorrida, la figura de la suspensión de las decisiones recurridas no pueden ser utilizadas como una táctica para pausar, injustificadamente, la ejecución de una sentencia que ha servido como conclusión de un proceso judicial⁴⁸⁵.

No hay necesidad de una medida precautoria si no existe el *periculum in mora*, es decir la posibilidad del daño en la espera de la decisión amparista del derecho fundamental alegado. Es justamente el peligro que justifica la cautela, como lo ha escrito Jorge Prats de que “la clave de este presupuesto de las medidas precautorias es la irreparabilidad de los daños acarreados en la demora”⁴⁸⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo resalta, como requerimiento imprescindible de extrema gravedad y urgencia⁴⁸⁷. En criterio de Ariasca, la valoración de que podría haber “un daño irreparable, que ni siquiera podrá repararse a través de una indemnización en dinero”⁴⁸⁸. En este último sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional:

483 Marino Peláez Bardales, ob.cit. pp. 39-40.

484 Carlos Camps, *Amparo y Ultraanticipación de la tutela*. J.A. t.

485 TC/255/13.

486 Jorge Prats, ob. cit. pp. 180.

487 Medidas Provisionales respecto de la República de Costa Rica. Resolución de fecha 6 de diciembre de 2001, caso del Periódico La Nación.

488 Ídem, p. 181.

“Este colegiado entiende que si se ejecutara el desalojo del señor ... no podría ser reparado íntegramente mediante el pago de indemnizaciones dinerarias, puesto que con esta medida constreñiría al demandante en suspensión a paralizar provisionalmente la prestación de los servicios de su empresa; cesación que no solo afectaría la calidad de los servicios que esta presta, sino también la relación con sus clientes, al igual que la generación de trabajo y de dinero, todo lo cual culminaría con grave afectación de la estabilidad económica del demandante en suspensión, sino -y sobre todo- de los más de veinte empleados que trabajan en dicha empresa.

[Considera también] que la suspensión de los efectos de la sentencia atacada, que se retrotraerían al desalojo, provocaría al hoy demandado un perjuicio menor que el daño que ocasionaría al demandante y, en especial, a los trabajadores dependientes de su empresa.

En este sentido, resulta útil recordar que este tribunal fijó el criterio de que “[l]a demanda en suspensión tiene por objeto el cese de la ejecución de la sentencia impugnada en revisión para evitar graves perjuicios al recurrente, en la eventualidad de que la sentencia resultare definitivamente anulada”.

[L]as pretensiones del demandante en suspensión en la especie aparentan fundarse en buen derecho, pues en su desarrollo, la sentencia impugnada reconoce la violación al doble grado de jurisdicción y del derecho de defensa -componentes del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y al debido proceso- ... Estimamos por tanto, que existen indicios de una violación a derechos fundamentales en perjuicio del demandante en suspensión, por lo que corresponde a la sentencia que será dictada como respuesta al recurso de revisión jurisdiccional

determinar si en realidad hubo o no violación de derechos fundamentales, y en ese sentido, disponer si procede o no la revocación de la decisión jurisdiccional impugnada. ... En tal virtud, al haberse demostrado en la especie que existe la posibilidad de que la ejecución de la referida sentencia pudiera provocar un daño difícilmente reparable; que además, existe apariencia de buen derecho y que la suspensión no afectaría el interés público o a terceros, este colegiado entiende que se encuentran reunidas las condiciones para que pueda otorgarse la suspensión”⁴⁸⁹.

La valoración cautelar es un medio de optimización a la protección de los derechos fundamentales como es el sentir del principio de favorabilidad y de tutela judicial efectiva, cuando lo requiera la casuística. El rol activo del juez de amparo no cabe ignorar esta prerrogativa de cautela tutelar, ante el retraso del juicio y ante un peligro inminente en donde se ha podido apreciar la posibilidad de una situación antijurídica.

18.3 La instrucción probatoria del proceso amparo

A opinión de Lazzarini, «no caben en este procedimiento [de amparo] ni contienda ni ofrecimiento de pruebas ni debates de derecho, sino que se trata de un remedio urgentísimo donde el peticionante se limita a plantear un caso de violación flagrante al juez para que lo proteja»⁴⁹⁰. Sin dudas es el ideal del conocimiento del amparo, un juicio oral para escuchar las partes, demostración inmediata de lo que se arguye y una decisión sin más trámites ni tropiezos, lo que sería un gran reto a la cultura litigiosa que impera en la *praxis* dominicana. No se discute que el amparo debe celebrarse en un juicio sencillo, pero necesariamente sin obviar el debate probatorio, aunque sin el rigor de los procedimientos ordinarios y con la particularidad de que las pruebas se admiten en la audiencia sin acreditación previa.

489 TC/0332/15.

490 José Luis Lazzarini. *El juicio de amparo*, ob. cit., p. 279.

En audiencia pública, el juez invitará a las partes presentes o representadas a producir los medios de pruebas que posean, previa indicación precisa del acto, la omisión o el hecho generador en que se va a concentrar el juicio de amparo. La ausencia de una parte no será causa de suspensión, como se ha explicado *ut supra*. Propio de la informalidad que caracteriza la materia, las partes gozan de la libertad de prueba⁴⁹¹, de modo que los actos u omisiones que constituyen la lesión del derecho fundamental argüido pueden ser presentados por cualquier medio obtenido lícitamente y con la sola observancia de la garantía del derecho defensa.

La libertad probatoria es una prerrogativa de las partes en uso del derecho a probar y a la admisión de la prueba en aplicación al principio del *favor probationis*; que explica Sebastián Midón como «la circunstancia de admitir la existencia de un derecho a la prueba como parte integrante de la garantía del debido proceso, la de reconocerle un núcleo o contenido irreductible, y, cuando más, la de atribuirle jerarquía suprema, provoca que las normas jurídicas relacionadas con ese derecho deban ser interpretadas de forma que favorezcan su optimización»⁴⁹².

Probar es demostrar que lo que se alega es verdadero a través de los medios del ordenamiento probatorio, tales como documentos, testimonios, visita de lugares, peritajes, confesión y por el método de las presunciones. La sustentación de la prueba no es opcional, es una obligación so riesgo de no obtener ganancia de causa. Esto es que como reza un aforismo jurídico “tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo”, y ello es elemental, pues las pruebas son las que permiten que el juez pueda crearse

491 Artículo 80 de la Ley 137-11: Los actos u omisiones que constituyen una lesión, restricción o amenaza a un derecho fundamental, pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la legislación nacional, siempre y cuando su admisión no implique un atentado al derecho de defensa del presunto agravante.

492 Marcelo Sebastián Midón. *Tratado de la prueba. Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba*, Librería de la Paz, Buenos Aires, 2007, p.113.

una convicción sobre la ocurrencia o no de determinados hechos, lo que le permite delimitar las situaciones probadas, de las que constituyen simples afirmaciones, que al no ser probadas, carecen de relevancia jurídica.

Por la naturaleza constitucional del amparo y por tratarse de la demostración de la vulneración de derechos fundamentales _ que puede manifestarse hasta por omisión de hacer o de cumplir un acto o un hecho, como es la amenaza o tentativa_, se precisa de la libertad probatoria como derecho constitucional a la prueba. En este ámbito de acción, esa libertad debe interpretarse en oposición a hacer prevalecer la jerarquía y a favor de la informalidad para su introducción al proceso. En este sentido, explica Sentís Melendo «Sólo con libertad, el litigante, la parte, podrá aportar todas las fuentes, y el juez podrá hacer uso de todos los medios»⁴⁹³.

La prioridad jerárquica carece de interés. Lo que quiere decir que para verificar la infracción constitucional, el juez podrá formar su convicción y sostener la decisión por cualquiera medio aportado al debate y hasta por presunciones simples. Así se deduce de la expresión: *“los actos u omisiones que constituyen una lesión... pueden ser acreditados por cualquier medio”*, según el artículo 80 de la Ley; y por lo previsto en el artículo 81.1, las partes gozan de la prerrogativa de presentar la prueba sin formalidad. En este sentido se prevé: *«el juez invitará a las partes a producir los medios de prueba... las partes deberán producir sus medios de pruebas, antes o en la audiencia misma»*.

La informalidad permite que cualquiera de las partes comparezca a la audiencia con el medio probatorio a hacer valer. Sea el uso de los documentos depositados previamente a la audiencia o aquellos que pueda incorporar instantáneamente. Podrán asistir acompañadas de testigos a oír o con la intención de declarar directamente al juez, sin que tenga que haber sido previamente

493 *ibidem*, p. 45.

ordenada sino que en la misma audiencia será dispuesta por el juez y se oirá el testimonio de manera directa y siempre podrá escucharse las partes. Naturalmente, dando la oportunidad al conocimiento y a la contradicción en respeto al derecho de defensa. Los medios probatorios serán conocidos en audiencia sin otras formalidades, de modo que ninguna exclusión podrá pronunciarse. Si se entendiera que violenta la contradicción, deberá prevalecer la regularización y no su eliminación del proceso. Podrá disponer informativos técnico o de peritos, sin el rigor de los procedimientos ordinarios.

Nótese que la parte agravante ha sido citada al conocimiento de los méritos de la instancia y para la producción de sus medios probatorios y de defensa, lo que deja claro que no se trata de una audiencia para conocer los datos del expediente, sino que se cita al debate de las pruebas que se lleven al proceso y a asumir la defensa. Solo en los casos en que no sea suficiente una audiencia para la producción de la prueba, podrá ordenarse su continuación en un término de tres días, según resulta del artículo 81.3 de la ley.

Se precisa tener el cuidado de no confundir libertad probatoria con la contradicción. El Tribunal Constitucional consideró una violación al debido proceso, el hecho de haber decidido un amparo con documentos que no fueron discutidos en la audiencia, indicando que “ha desconocido el derecho que tenían los accionantes, en ejercicio de su derecho de defensa, de controvertir los documentos depositados por su contraparte”⁴⁹⁴. Es que, como lo explican Barbeiro y García, significa que la parte contraria al depositante, “debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo el ejercicio de su derecho de comprobar”⁴⁹⁵. Es claro, que una cosa es tener la facultad de probar por todos los medios la acción u omisión que transgrede un derecho fundamental del que se es titular, y otra muy distinta -y contraria al principio

494 TC/0402/15. pp.840.

495 Sergio J. Barberio y Marcela M. García Solá. ob.cit. pp.121.

de contradicción- es que esos medios no sean controvertidos en audiencia, impidiéndole a la contraparte contestarlos.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional español sostiene: «el derecho a la prueba debe prevalecer sobre los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la actuación de la administración justicia. La constitucionalización del derecho de prueba como fundamental... en el ordenamiento jurídico, conlleva la necesidad de motivar o razonar la decisión judicial que inadmita un medio probatorio»⁴⁹⁶. Es decir, que el derecho de prueba y el principio de contradicción tienen preponderancia a los demás principios citados, pues es claro que todo hecho debe ser confirmado y se hace a través de la prueba como medio de obtener la verdad en que se justifique la tutela que se persigue.

De acuerdo con las previsiones del artículo 87, también el juez goza de los más amplios poderes para celebrar las medidas de instrucción, así como para recabar por sí mismo los datos, informaciones y documentos, a condición de que sean comunicadas a los litisconsortes y garantizarles su derecho de defensa. Disposición que se impone a la persona física o jurídica, debiendo facilitar lo que le ha sido requerido en el término señalado por el juez, so pena de astreinte y de desacato, que el tribunal podrá pronunciar de oficio.

Dicha normativa de recabar oficiosamente las pruebas es una facultad exclusiva de esta materia de amparo. Pues es de principio que quien provee la prueba asume una posición de parcialidad. Sin embargo, no es así en amparo bajo el debatido argumento de que no se trata de un juicio ordinario para otorgar derechos patrimoniales, sino de procurar tener la certeza de que exista un derecho fundamental vulnerado o seriamente amenazado. Es una comprobación de una conducta evidentemente ilícita y arbitraria, con miras de hacer prevalecer *in concreto* la protección de los

496 Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., p. 144.

derechos fundamentales, y estos salgan de la literalidad de la Constitución para ser una realidad con la que se garantiza la dignidad humana y el Estado Constitucional de Derecho. El tribunal no recauda las pruebas para aventajar derechos, sino para proteger derechos que se tienen y que son inherentes a la persona. Es una facilidad ante la presunción de verdad de la denuncia de ilegitimidad que representa un amparo y que no tiene por consecuencia afectar al presunto agravante, sino hacer detener su actividad dañina al orden jurídico y social.

Refiriéndose al deber oficioso del juez y en ocasión de un amparo respecto a la nacionalidad dominicana, el Tribunal Constitucional juzgó que el juez debió haber solicitado a la Junta Central Electoral, parte intimada en amparo, el acta de nacimiento de la accionante⁴⁹⁷. En otros casos, el mismo Tribunal Constitucional ha asumido medidas de instrucción de visita a una envasadora de gas con la finalidad de reunir elementos de prueba que le permitieran edificarse sobre el alcance de la controversia⁴⁹⁸. También resalta el rol activo del juez de amparo, con el criterio de que:

“[F]rente a la solicitud de tutela vía de amparo de un derecho fundamental, se requiere, para una adecuada motivación de la decisión, que el juez, dentro de los poderes que le atribuyen los artículos 86 y 87 de la Ley núm.137-11, ejerza un rol activo, supla de oficio los medios a su alcance y admita y procure por sí mismo, los datos, informaciones y documentos que sirvan de prueba para determinar si los hechos u omisiones alegados se han producido (...) al rechazar la acción de amparo ... al no considerar que se le había violado el derecho fundamental a tener y disponer de la documentación de su identidad personal, se ha puesto a la peticionaria en situación de total indefensión, al obligarla por argumento en contrario, a obtener documentos originales que el organismo estatal al que

497 TC/0185/13.

498 TC/0100/14

demandó en amparo, precisamente, no le ha entregado, a pesar de las gestiones realizadas para su obtención”⁴⁹⁹.

“El juez de amparo disponía de los medios necesarios para instruir el proceso y solicitar los datos, informaciones y documentos que pudieron servir de prueba a los hechos alegados, y así estar en condiciones de determinar sobre el fondo de la acción; sin embargo, la decisión recurrida se limitó a declarar inadmisibile el amparo”⁵⁰⁰.

“Dado que la acción de amparo constituye una vía judicial caracterizada por la tutela urgente, la celeridad del trámite y la sumariedad del procedimiento, es legítimo que el juzgador concentre sus esfuerzos en la valoración de la prueba estrictamente necesaria para dilucidar la controversia”⁵⁰¹.

“Quedó establecido, por el solo hecho de su acción de amparo, que le era materialmente imposible obtener los originales de los documentos requeridos sin contar con la tutela que para estos casos prevé el amparo”⁵⁰² (subrayado nuestro).

Puede observarse, como el Tribunal Constitucional traza una línea de refuerzo a la obligación de impulsión procesal como mecanismo de dinamizar la prueba y hacer efectiva la acción. Esta materia rompe el criterio de que quien alega prueba y concede una tutela también probatoria en el entendido de que la prueba la debe proporcionar quien la posea o a quien se le facilite obtenerla, como parte de la *efectividad* para asegurar que la verdad llegue al juez y haga justicia, lo que resulta comprensible, puesto que no se puede olvidar que los actos arbitrarios normalmente provienen de autoridades que controlan la documentación probatoria, lo que invita a que el juez aplique la teoría de las cargas probatorias

499 TC/0122/14. Nassef Perdomo, ob.cit. pp. 802.

500 TC/0246/14. Ibidem.

501 TC/0531/15. ibídem. pp.845.

502 Ibidem.pp.794.

dinámicas para que, flexibilizando la carga probatoria a cargo del accionante, deba probar quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esto, sin lugar a dudas, hace que el proceso sea más justo, por cuanto posibilitan la búsqueda de la verdad en aras de garantizar de forma efectiva la tutela de un derecho fundamental que se ve amenazado, cumpliendo así con el cometido esencial para lo cual ha sido instituida la acción de amparo.

En un proceso de esta naturaleza, el juez debe hacer uso de la impulsión procesal para asegurar la sanción del hecho o el acto que conculca uno o más derechos fundamentales, no puede mantener la pasividad propia de los procesos ordinarios, sino que, si fuere necesario, el juez identifica el modo probatorio de interés a la casuística ante la inercia o la ausencia del amparista que procura justicia constitucional y promueve su presentación en juicio. En un caso en que las partes describen los medios probatorios, pero no lo depositan y se rechaza el amparo por falta de prueba, reprocha el Tribunal Constitucional que el juez debió solicitarle el depósito de los documentos, con el propósito de conocer el asunto⁵⁰³,

En Argentina, por ejemplo, la ley confiere al juez de amparo el poder de ordenar que se subsane cualquier irregularidad u omisión que detecte en la instancia que lo apodera en el tiempo que otorgue a esos fines, todo para evitar que puedan plantearse nulidades posteriormente. Si la parte no cumple con lo dispuesto por el juez, la demanda es rechazada *a limine*⁵⁰⁴. Prevé, asimismo, que las entidades administrativas del Estado informen en relación con los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada.

También, cabe señalar la importancia de una valoración lógica y axiológica de la prueba, pues hay amparo en los que los hechos hablan por sí mismo, como, a título de ejemplo, el citado en que se demanda la entrega de un documento original, lo que hace obvio que la dificultad en que se sostiene la infracción radica en

503 TC/0354/15.

504 Silva A. Díaz. *Acción de amparo*, ob. cit., p.163.

la negativa de entrega. Existen otros, en cambio, en los que la prueba depende del accionante mismo, y, que de no aportarla, su instancia deberá ser desestimada.

Si con las pruebas aportadas el juez se siente suficientemente ilustrado para tomar la decisión, podrá disponer el cierre de los debates invitando a las partes a producir sus conclusiones. A pesar de la concentración y restricción del amparo a decidir únicamente lo necesario para sancionar una infracción constitucional, nada impide que se formulen incidentes procesales, como al efecto, sucintamente, planteamos a continuación.

18.4 Los incidentes en el procedimiento de amparo

Se entiende que un proceso es sumario cuando es concentrado y tiene límites legales respecto de las pretensiones que puedan ser objeto de la acción. Procuran una respuesta rápida y gozan de un proceso particular en cuanto a las formas y medios probatorios, normalmente restringidos a la estricta necesidad de la atribución especializada del asunto⁵⁰⁵. Entre los procesos sumarios se encuentra la acción de amparo, circunscrita a la verificación de la infracción constitucional que se procura impedir o anular para garantizar la supremacía de los derechos fundamentales, a través un procedimiento autónomo caracterizado por la informalidad y la urgencia.

La sumariedad del amparo y las particularidades de su procedimiento hacen pensar que se trate de un proceso libre de incidentes, entendiéndolos incompatibles con la informalidad y finalidad del amparo, esencialmente porque en las acciones de justicia constitucional debe prevalecer la respuesta jurisdiccional a los requerimientos puramente formales, que pueden ser regulados sin mayores complejidades. No obstante, tampoco puede ignorarse que, aun sumaria, es una acción que requiere de sujetos

505 Cfr. Manuel Carrasco Duran. Ob.cit, pp.58.

con calidad e interés, se rige por un orden de competencia y bajo ciertas formas y plazos de impulsión procesal, y también impone expresas restricciones de admisibilidad, sin que se entiendan limitativas; por tanto, el procedimiento a seguir en acciones de amparo cuenta con incidentes que le son propios de la materia e impide otros que son propios de los procedimientos ordinarios.

18.4.1 Incidentes regulados en la ley sobre amparo

Entre los incidentes de la materia, previstos expresa o implícitamente por la Ley núm. 137-11 en lo relativo a los procedimientos constitucionales, encontramos la incompetencia, la recusación o la inhibición, la fusión de expedientes, la cosa juzgada. También las inadmisibilidades del amparo en razón del plazo de prescripción, la existencia de otra vía efectiva y ante lo notoriamente infundado, que por su destacada importancia se desarrollan en un capítulo siguiente y exclusivo a cada una de estas inadmisiones.

Incompetencia. A sabiendas de que la competencia es una garantía del debido proceso, la ley y la jurisprudencia constitucional reconocen la viabilidad del incidente de incompetencia, conforme al régimen de competencia planteado en el capítulo anterior. A criterio del Tribunal Constitucional el juez de amparo tiene que verificar su competencia previamente a cualquier decisión⁵⁰⁶.

En los procesos de amparo corresponde observar la competencia en razón del grado de jurisdicción, en razón de la afinidad con la materia que guarde relación la infracción constitucional que se procura y en razón de la territorialidad, determinada por el lugar del acto o el hecho que infringe los derechos fundamentales a proteger.

Dispone la ley, que la competencia territorial sólo podrá ser declarada a petición de parte. La incompetencia por atribución al juez que guarda mayor afinidad con el derecho fundamental que

506 TC/0278/14.

se aduce vulnerado debe ser declarada de oficio o a petición de parte interesada. Si el tribunal se reconoce incompetente debe pronunciar su incompetencia en la misma audiencia o a más tardar en un plazo no mayor de tres días.

A diferencia de los procedimientos ordinarios, la incompetencia en materia de amparo no puede ser objeto de recurso de apelación ni de impugnación. Si se acogiera la incompetencia, debe precisarse cuál es el tribunal competente, so pena de denegación de justicia, y la designación se impondrá a las partes y al juez de envío⁵⁰⁷. Del contenido artículo 72 de la Ley núm. 137-11 queda claro que la incompetencia no se podrá acumular con el fondo del asunto y que la sentencia que se pronuncie, acogéndola o rechazándola, es ejecutoria de pleno derecho. También con ella, se interrumpe la prescripción de la acción.

Calidad. Para accionar en amparo se debe tener la titularidad incuestionada del derecho que se persigue tutelar, por tanto, el Tribunal puede declarar la inadmisibilidad por falta de calidad e interés. No obstante, en el lenguaje de procesal constitucional, la falta de calidad ha sido decidida como causal para desestimar el amparo. En un caso en el que se reclamaba la restitución de un arma que se decía ilegalmente incautada, se declara que el accionante no tiene calidad para procurar el arma y se rechaza el amparo, porque *no disfruta de la legitimación que se requiere para la protección de un derecho fundamental*⁵⁰⁸. También se ha juzgado que, la protección de un derecho fundamental solo puede ser reclamada por su titular⁵⁰⁹; igualmente, la falta de titularidad hace rechazar el amparo preventivo⁵¹⁰. De modo que la falta de calidad es un incidente del amparo.

507 Párrafo III del artículo 72 Ley 137-11 OTCPC.

508 TC/0154/14, de fecha 17 de julio 2014.

509 TC/01231/14, de fecha 4 de julio, 2013.

510 TC/0351/14, de fecha 23 de diciembre, 2014.

Intervención. A pesar de lo personal de la vulneración a un derecho fundamental, esta justicia constitucional admite la intervención de terceros, siempre que pueda ser perjudicado con el remedio jurídico que pueda pronunciar el juez de amparo, en el que, igualmente, se le pueda transgredir un derecho adquirido de naturaleza fundamental. A opinión de Alfonso Noriega, cuando tenga "*interés jurídico en que subsista la validez del acto reclamado*"⁵¹¹.

En la intervención voluntaria es necesario que se procure un derecho propio, vinculado con el acto o el hecho en que se sostiene la comisión de la infracción constitucional. No queda dudas, que también la instancia puede ser ampliada llamando a terceros en intervención forzosa, si se entiende como posible agravante o bien sea la persona física o jurídica que tendrá a bien ejecutar la sentencia a intervenir, pudiendo ser llamado para asegurar la efectividad de la sentencia y en uso del impulso procesal oficioso del juez.

El Tribunal Constitucional dominicano admite la potestad de los terceros de intervenir en acciones de amparo. Ha valorado que los ayuntamientos, que son personas morales de derecho público, pueden acceder como interviniente sin que tenga que demostrar una autorización del Concejo Municipal.

Demanda reconvenional. En un caso en que se introduce una demanda reconvenional, el Tribunal Constitucional se concentra en el objeto de esta demanda incidental y no se refiere a su pertinencia en acción de amparo; lo que deja implícita su aceptación en estos procesos constitucionales; lo que parece natural, en razón de que las demandas reconvenionales son medios de defensa, por tanto impedir las implicaría negar un mecanismo de defensa y de contradicción, aunque, por supuesto, deben tolerar las mismas restricciones de sumariedad a que se somete lo principal.

511 Alfonso Noriega, citado por Juan de Dios Castro Lozano, *Las partes en el juicio de amparo*. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 229.

En el referido caso se observa que el demandante reconvenional llegó al proceso como interviniente forzoso y el Tribunal Constitucional entiende bien juzgado el criterio de que se “perseguía tutelar derechos fundamentales distintos a los derechos de propiedad y debido proceso que constituían el objeto de la acción de amparo inicial, desbordando con su postura el alcance procesal de la instancia en la que ella había sido llamada a intervenir, produciendo una alteración de la inmutabilidad del proceso, por lo que el tribunal de amparo la calificó como un medio de defensa, evitando que la justicia constitucional sea desviada de su finalidad cardinal de sancionar las infracciones constitucionales y tutelar los derechos fundamentales”⁵¹². Vale notar que el tribunal de primera instancia ni el Tribunal Constitucional cuestionan que el tercero pueda ser parte y que pueda introducirse una demanda reconvenional.

Dado el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional, en acción de amparo son admisibles dichas demandas incidentales, dejando su procedencia en razón del objeto.

Fusión de instancias. El Tribunal Constitucional ha dispuesto fusionar expedientes⁵¹³ cuando sea de buena administración de justicia, ambas acciones se encuentren en el mismo tribunal, en materia de amparo y contra el mismo acto.

Recusación e inhibición. En garantía al debido proceso que comprende el derecho a un juez imparcial, el juez de amparo puede inhibirse o puede ser recusado; pero estos incidentes se resuelven sin el formalismo de la justicia ordinaria. La Ley prevé que en caso de que el juez apoderado se inhiba o sea recusado, el juez jerárquicamente superior deberá decidir en un plazo no mayor de tres días, sobre el juez que habrá de conocer la acción de amparo. Esto no significa que necesariamente acoja la recusación o la inhibición sino que deberá decidir al respecto en el plazo mencionado.

512 TC/0351/14, de fecha 30 de diciembre, 2014.

513 TC/0094, de fecha 21 de diciembre, 2012.

Es obvio que en esta materia la recusación no está sometida al pago de fianza ni a trámites que hagan dilatar la decisión del incidente. Incluso, independientemente de los méritos de la recusación o inhibición, el tribunal superior puede simplemente atribuir el conocimiento del amparo a otro juez igualmente competente en jerarquía y afinidad, a fin de no dilatar la decisión que resuelva la infracción constitucional, recordando se trata de un procedimiento sencillo y urgente.

Extinción por la muerte del accionante. Salvo los casos de acciones colectivas, la muerte del accionante deja sin objeto el amparo, por el carácter privado, pues es una acción *intuitu personae*. No obstante, el Tribunal Constitucional dominicano juzgó que “aún cuando la muerte del amparista produce la carencia de objeto, resulta oportuno dejar constancia que en materia de derechos cuya vulneración sea tutelada vía la acción de amparo, el Tribunal habrá de determinar en cada situación en concreto el alcance que supone la revisión que le sea sometida, máxime en aquellos casos donde los efectos de la decisión recurrida puedan tener incidencia hacia el futuro y por tanto sea necesario examinar el fondo de la cuestión planteada”⁵¹⁴.

Con dicho criterio prevalece el restablecimiento del orden público conculcado con la infracción constitucional, el cual dependerá de la particularidad casuística que hará que el juez evalúe la necesidad o no de la pretensión de amparo.

La acción será, sin lugar a dudas, inadmisibile cuando haya cesado la infracción, por carecer de objeto y de interés jurídico. El amparo no busca sancionar una infracción cometida en el pasado y ya carente de interés, sino dejar sin efecto el acto que lesiona el derecho infringido; por tanto, es una acción ante lo actual o inminente.

Cosa juzgada. Como toda acción que se pronuncia de un derecho, la acción de amparo adquiere el carácter de la cosa juzgada

514 TC/0392/14, de fecha 30 de diciembre, 2014.

siempre que sea entre las mismas partes, la misma causa y el mismo objeto, y la sentencia siga siendo efectiva para lograr hacer cesar el derecho infringido y dictada en las mismas atribuciones de amparo, por lo que también puede pronunciarse la inadmisión por cosa juzgada, con el cuidado de hechos sucesivos que ameriten nuevo pronunciamiento.

18.4.2 Incidentes irrecibibles en amparo

La naturaleza del amparo, la sencillez y la autonomía del procedimiento hace descartar incidentes que por su finalidad no son compatibles con el amparo, sino que son propios de la justicia ordinaria.

De inicio cabe descartar los incidentes de la prueba, como la verificación de escritura o la inscripción en falsedad. No compete al amparo determinar la validez o no de un documento por el que se determina un diferendo que resuelve un derecho contestado, es decir litigioso.

El amparo no puede paralizarse a través del sobreseimiento por aguardar la decisión de otra jurisdicción. En el sistema dominicano no tiene aplicación el principio de lo prejudicial, puesto que el amparo no depende de la suerte de una acción principal. Para que haya lugar al amparo la infracción constitucional debe existir o se trata de un amparo preventivo. Si para saber que ha habido violación a un derecho fundamental se requiere que otra jurisdicción se pronuncie, entonces no estamos ante una infracción consumada. Si es preventiva, menos aún, lo que se busca es evitar que la amenaza se verifique. El amparo procura restablecer un derecho fundamental conculcado, si se hace depender de otra acción es porque carece de fundamento o es extemporánea. Por error lingüístico, algunas decisiones han denominado sobreseimiento a lo que constituye un simple aplazamiento⁵¹⁵.

515 TC/0071/13, de fecha 7 de mayo, 2013: El tribunal Constitucional "al considerar que la accionante en amparo no cumplió con los requisitos exigidos por la norma

Por sobreseimiento entendemos la imposición de la espera a que ocurra un evento o decisión que tenga influencia en lo que se va a juzgar. Cuando la audiencia de amparo se pospone para aportar medios probatorios o para la regularización o llamada en citación estamos ante un simple aplazamiento y no en un sobreseimiento.

Nulidad. La indicación constitucional de informalidad, descarta cualquier idea de nulidad de los actos del procedimiento que hayan sido necesarios en el curso del amparo. Además es de principio que no hay nulidad sin texto⁵¹⁶. La Ley núm. 137-11 no prevé nulidades de forma ni de fondo y en su *principio de supletoriedad* dispone que para la solución de toda imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad se aplicarán los principios del derecho procesal constitucional y no las leyes ordinarias o especiales, salvo que beneficien el amparo.

La única forma de nulidad consagrada en el procedimiento constitucional de amparo es la que se refiere al acto que vulnera el derecho fundamental que se persigue, que es su objeto, pero no afecta nulidades de los actos ni de las actuaciones procesales. En consecuencia, ningún incidente de nulidad procesal puede ser admitido. Si algún acto violase el derecho de defensa, lo procedente sería la regularización dando la oportunidad a la defensa, para garantizar el debido proceso, respecto del cual podrá actuar oficiosamente el tribunal. Tampoco hay nulidad por incumplimiento de plazos.

Al respecto, indicó el Tribunal Constitucional que “se ha aplicado el debido proceso cuando cada parte ha hecho valer sus escritos y conclusiones, que le permitió al tribunal edificarse y decidir”⁵¹⁷.

para notificar... debió adoptar la providencia de sobreseer el conocimiento de la acción de amparo y fijar, en atención al principio de celeridad, nueva audiencia en el más breve plazo”.

516 De conformidad con art.37 de la ley 834 de 1978: «Ningún acto de procedimiento puede ser declarado nulo por vicio de forma si la nulidad no está expresamente prevista por la ley».

517 TC/0027/13, de fecha 6 marzo, 2013.

Igualmente, admite el amparo sin conclusiones si de los alegatos se puede advertir lo que se persigue⁵¹⁸; con lo cual se ratifica la preeminencia de la informalidad.

La informalidad también se extiende a la notificación. Se admite que la citación en amparo pueda hacerse directamente al funcionario o el órgano aun desprovisto de personería jurídica, ha dicho el Tribunal que se debe admitir la notificación en las oficinas de la autoridad o funcionario al cual se imputa la violación alegada, sustentado en el principio de informalidad⁵¹⁹, por tanto imposible pensar en la nulidad de una citación; si hubiere irregularidad que afecte el derecho defensa, el juez podrá reiterar la citación. Igual se permite la representación sin que sea necesario un poder especial.

Tampoco tienen lugar las excepciones dilatorias de garantías o de plazos, por no tratarse de derechos de créditos u obligaciones convencionales. La excepción de fianza del extranjero está expresamente prohibida en el artículo 66.

De acuerdo con el artículo 109, el desistimiento de la pretensión solo será admitido cuando se refiera a actos administrativos de carácter particular; en consecuencia no así ante un amparo colectivo. Con esta disposición, la ley protege los derechos colectivos otorgándole a la acción de los derechos colectivos y difusos un carácter de interés público, del que no pueden desistir los accionantes por actuar en nombre de toda parte interesada que explícita o implícitamente tenga interés.

A opinión de Pellerano:

«La acción o recurso de amparo asegura la vigencia y la protección de las violaciones de cualquier derecho fundamental distinto a la seguridad personal... La interpretación de todo derecho fundamental, como es el

518 TC/0367/14, de fecha 23 de diciembre, 2014.

519 TC/0123, de fecha 4 de julio, 2013.

de recibir la tutela judicial efectiva o la acción o recurso de amparo, al igual que la puesta en obras de todos los derechos de la persona humana, debe tener lugar a la luz del principio *pro homine*, que conjuntamente con otros, como el principio de no discriminación y la interpretación teleológica de los textos que reglan los derechos humanos, deben dominar la solución de los conflictos eventuales... el amparo constituye la dimensión sustancial de la democracia y, concurrentemente la tutela judicial efectiva de los tribunales judiciales unida a la protección garantizadora que ofrece el recurso sencillo y rápido del amparo, tienden a evitar que ninguna persona pueda ser privada de su derecho fundamental vulnerado. La efectividad directa o inmediata de la acción o recurso de amparo no está sujeta a condición alguna por el texto citado en la Convención Americana. En ella no se le llama recurso extraordinario ni se atribuye el carácter subsidiario»⁵²⁰.

18.5 Conclusión

Para comprender y aplicar adecuadamente el procedimiento especial del amparo es importante desaprender del tecnicismo aprendido, no pensar ni aplicar las reglas procesales ordinarias y tener la actitud de dar cabida a un sistema de justicia que haga del proceso la vía idónea para hacer cesar una infracción de naturaleza constitucional, en la importancia de la celeridad equilibrada, la flexibilidad a las formalidades y la búsqueda de la verdad con la sola parcialización de hacer realidad la protección efectiva de los derechos fundamentales y contribuir a un Estado democrático de Derecho.

520 Juan Manuel Pellerano, "El derecho de amparo en desamparo", en Manuel A. Valera Montero. *Hacia un nuevo concepto de constitución*. Pellerano & Herrera, Santo Domingo, 2006, pp. 409, 410, 411 y 413.

El sistema de justicia dominicano siempre ha estado apegado a las formalidades, muchas veces excesivas, de tal manera que en ocasiones las formas han logrado impedir el fondo, entendiéndose han obstaculizado que el juzgador decida el derecho que se reclama. En materia de amparo cobra relevancia y se privilegia el derecho que se persigue proteger, dejando las formalidades solamente limitadas a las reglas necesarias para preservar el sagrado derecho de defensa y el apoderamiento al juzgador. La naturaleza de este recurso para amparar los derechos fundamentales requiere de un cambio de pensamiento procesal de la rigidez a lo necesario.

CAPÍTULO 19. Las causales de inadmisión de la acción de amparo

Hermógenes Bienvenido Acosta

El procedimiento de amparo no es ordinario, sino excepcional o especial, por esta razón en los ordenamientos donde existe esta figura jurídica se presta mucha atención a la materia relativa a las causales de inadmisibilidad. Esto es lo que ha ocurrido en nuestro país ya que las causales de inadmisibilidad han estado presentes desde el establecimiento del primer procedimiento de amparo, con la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia de 1999, hasta la actualidad con la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales.

En este orden, la acción de amparo es inadmisibile, según el artículo 70 de la indicada Ley núm. 137-11, cuando existe otra vía que permita proteger efectivamente el derecho fundamental alegadamente violado, cuando se incoe fuera del plazo de sesenta días, contados a partir de la fecha que el agraviado tuvo conocimiento de la alegada violación, y cuando la acción sea notoriamente improcedente.

Las causales indicadas serán denominadas en este trabajo: "causales previstas expresamente por la ley", para diferenciarlas de aquellas que el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando

casuísticamente y que denominaremos: “causales de inadmisibilidad de origen pretoriano”. En lo que respecta a estas últimas, este tribunal considera inadmisibile la acción de amparo cuando su objeto es una decisión jurisdiccional dictada por un tribunal del Poder Judicial, cuando se trata de una acción que tiene la misma parte, objeto y causa que otra acción respecto de la cual el mismo juez de amparo u otro se ha pronunciado. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que la acción de amparo de cumplimiento es inadmisibile cuando tenga por objeto la ejecución de una sentencia. En los párrafos que siguen nos referiremos a ambas modalidades de causales de inadmisibilidad.

19.1 Causales de inadmisibilidad expresamente prevista por el legislador

19.1.1 La existencia de otra vía efectiva

Esta causal de inadmisibilidad ha generado un permanente debate en el ámbito latinoamericano, así como en el ámbito nacional, porque, entre otras razones, de su existencia o inexistencia depende la naturaleza de esta acción. Respecto de esta causal abordaremos las cuestiones siguientes: significado de la expresión “otra vía” (19.1.1), carácter subsidiario de la acción de amparo (19.1.2), criterios para determinar cuándo una vía es efectiva (19.1.3), y fundamentos de este requisito de admisibilidad (19.1.4).

Los aspectos indicados en el párrafo anterior serán abordados a partir de las previsiones legales y constitucionales vigentes en el país, ya que los modelos que existen en torno a la materia, si bien se parecen no son uniformes. Así, en algunos sistemas solo se requiere que exista otra vía judicial; mientras que, en otros, la vía judicial debe ser efectiva y, finalmente, hay sistemas en los cuales se establece como requisito que la vía judicial sea más efectiva. Es igualmente relevante que en algunos sistemas esta causal se consagra en la Constitución y en otros en la ley.

Las anteriores consideraciones no implican que vayamos a prescindir del auxilio de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina extranjera sobre la materia. Todo lo contrario, nos auxiliaremos del derecho comparado, solo que nos aproximaremos a él con una actitud crítica, porque creemos en la advertencia que indica que: *“La legislación y la doctrina comparadas suelen llevar a equívocos, si no se la toma con cuidado, especialmente en materia de amparo”*. (Lazzarini, 1987 pág. 222)

El estudio del derecho comparado tiene una importancia capital, en la medida que aporta ideas y herramientas que facilitan la comprensión del derecho nacional. Lo anterior es válido en cualquier rama del derecho y, particularmente, en la que nos ocupa, donde los temas fundamentales que se abordan son los mismos en todos los Estados constitucionales. Esto es lo que explica que un importante constitucionalista contemporáneo considere que: *“(…) en la doctrina de la interpretación del Estado Constitucional actual el método comparativo debe ocupar; cuando menos y en todo caso de manera tendencial un quinto lugar, si no el preeminente”*. (Haberle, 2007 pág. 281)

Sin embargo, queremos reiterar que la aproximación al derecho comparado en esta materia, debe hacerse con suficiente prudencia y cuidado. Un elemento que nos parece importante tener en cuenta es que la doctrina y la jurisprudencia más útil es aquella de países que tienen una legislación más próxima a la nuestra. Siguiendo esta orientación, hemos privilegiado la consulta de la doctrina argentina y la jurisprudencia establecida por los tribunales de dicho país, sobre todo aquellas producidas antes de la reforma constitucional del año 1994.⁵²¹

521 Según el artículo 2, inciso a) de la Ley 16.986, de 1966 *“La acción de amparo no será admisible cuando a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativo que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”*. Mientras que según el artículo 43 de la actual Constitución Argentina, el amparo es una acción: *“expedita y rápida siempre que no exista otro remedio más idóneo”*.

19.1.1.1 *Significado de la expresión "otra vía"*

Expuestas las consideraciones generales anteriores, iniciamos con el análisis de la primera cuestión. ¿Qué debemos entender como otra vía judicial? De la lectura de algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional se advierte que en algunos casos se identifica la otra vía con el tribunal competente para resolver el conflicto y en otra ocasión se identifica con la acción o la demanda prevista en el derecho común y considerada eficaz para resolver el conflicto.⁵²²

Sin entrar en mayores detalles, por no considerarlo necesario, nos permitimos fijar nuestra posición en torno a la cuestión planteada. En este sentido, en el texto de referencia la expresión que se utiliza es *"cuando existan otras vías judiciales"*. De lo anterior resulta que el legislador considera que el amparo es una vía, razón por la cual, debemos entender que la otra vía no puede ser otra cosa que una acción, una demanda o un recurso, pero no un tribunal.

Partiendo de la lógica anterior, cuando el juez o tribunal entiende que existe otra vía debe indicar la acción, la demanda o el recurso que considera sustituto de la acción de amparo, para que la persona que reclama la protección de un derecho fundamental cuente con la información y la orientación pertinente. Obviamente, también es útil identificar el tribunal competente para conocer de la vía sustituta del amparo.

522 En la sentencia TC/0291/15, dictada el 23 de septiembre, página 12, se afirma que la vía efectiva es el Juez de la Instrucción, cuando lo correcto era indicar que la vía era la acción que procedía ante dicho tribunal. (En esta sentencia consta un voto disidente de nuestra autoría). En cambio, en la sentencia TC/0147/16, dictada el 29 de abril, pàg. 19, se establece, de manera correcta que la otra vía es la demanda procedente ante el Tribunal de Primera Instancia, en atribuciones civiles y comerciales.

Esta es el significado que tiene la expresión que nos ocupa, según la sentencia TC/0161/14. En efecto, en esta decisión se establece que:

a. Previo al conocimiento del fondo del presente caso, es preciso esclarecer que cuando este tribunal se refiere a otra vía efectiva para reclamar los derechos conculcados es con relación al proceso en sí; vale decir la vía para reclamar si se trata de una acción, de un recurso o de una demanda, sea esta por la naturaleza civil, de tierras, penal o administrativa, etcétera.

19.1.1.2. *Carácter subsidiario de la acción de amparo*

Al introducir el análisis de esta causal de inadmisibilidad, sosteníamos que tenía una gran relevancia, particularmente, porque de su existencia depende la naturaleza de la acción de amparo: subsidiario o principal. Asumir que esta acción es subsidiaria supone que solo es viable cuando no existe otro mecanismo en el derecho común que permita al accionante hacer valer sus pretensiones. Por el contrario, el amparo constituiría una acción principal si fuere admisible aun existiendo otra vía en el ordenamiento.

La cuestión planteada mantiene dividida a la doctrina, sobre todo cuando la ley o el texto constitucional subordina la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía más efectiva, ya que cuando la admisibilidad se condiciona a que exista otra vía eficaz, la cuestión es menos contestada. En esta última hipótesis, el carácter subsidiario se acepta casi de manera pacífica.

En sintonía con lo anterior, nos parece que la discusión planteada puede tener mayor relevancia en el marco de los sistemas constitucionales singulares, es decir, en aquellos donde la inadmisibilidad de la acción de amparo se condicione a que exista otra vía judicial más idónea. Ejemplo de un sistema singular lo constituye el que

se estructuró en Argentina después de la reforma constitucional de 1994.⁵²³

Hecha la observación anterior, procederemos a analizar algunas opiniones doctrinales respecto de la cuestión planteada. En este orden, se considera que:

(...) un examen global de la legislación procesal argentina corrobora la conclusión de que no se hayan regulados procedimientos que ostenten la referida condición, es decir, que exhiban, a causa de su simplicidad y correlativa celeridad, mayor idoneidad que el proceso de amparo, regulado conforme al esquema básico que anteriormente fue descrito. (Palacio, 2008 pág. 347)

La afirmación anterior supone, desde la óptica del citado autor, que ante el alegato de la comisión de un acto manifiestamente arbitrario e ilegal que vulnera un derecho fundamental, el único mecanismo que puede dar respuesta es el amparo. En otras palabras, no existiendo vías judiciales en el ordenamiento jurídico

523 Según el artículo 43 de la Constitución argentina de 1994: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización.*

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o, en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

argentino capaz de sustituir el amparo, se impone concluir que esta garantía no es una vía subsidiaria, sino principal.

La tesis anterior la sigue también Morello (Morello, 2008 pág. 422), quien al analizar la sentencia relativa al caso "Ballestero, Jose", dictada por la Corte Suprema de la Nación, el 4 de octubre de 1994, critica severamente el hecho de que se haya establecido en la misma que *"el amparo constituye un remedio de excepcionalidad, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverla pueda afectar derechos constitucionales"*.

Según este autor, en aplicación del artículo 43 de la Constitución de 1994, no es necesario que el juez de amparo indague si existe otra vía que pueda resolver el conflicto del cual fue apoderado. (Morello, 2008 pág. 422) En esta misma línea de pensamiento, sostiene que en el ordenamiento no existe otra vía que pueda desplazar el amparo y que se presume que si el actor optó por valerse del derecho, acción o procedimiento de amparo es porque no disponía de un remedio mejor. (Morello, 2008 pág. 422)

Otros autores mantienen una línea doctrinal contraria a la postura defendida por Palacios y Morello, en la medida que consideran que el amparo es subsidiario, no principal. En este orden, Bidart Campos sostiene que:

Si acaso el amparo fuera una vía procesal sustitutiva, de las demás habría que decir que cada persona estaría en condiciones de elegir la vía de su preferencia, lo que sin dudas arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo. (Torricelli, 2008 pág. 343)

Según Bidart Campos, lo que el artículo 43 de la Constitución establece es que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que exista otra vía más idónea y que cuando la vía

ordinaria presenta una idoneidad igual al amparo, el accionante elige a cuál de las dos acude. (Torricelli, 2008 pág. 343)

Torricelli también comparte la tesis anterior y, en este orden, afirma que:

(...) considero, siguiendo la línea de Bidart Campos, que la interpretación correcta del artículo 43 de la Constitución conduce a considerar que la acción de amparo puede ser sustituida por otra vía, solo que esta otra vía debe ser más idónea. Luego estamos en presencia, sin dudas, de una garantía que sigue siendo subsidiaria.

Nos parece importante destacar que no solo hay quienes definen el carácter subsidiario del amparo, sino que existe una tesis en la que se afirma que, según el artículo 43 de la Constitución argentina, la admisibilidad del amparo está condicionada a que no exista otra vía eficaz, tal y como ocurría antes de la reforma constitucional, para ello se fundamenta en el contenido de los debates desarrollados en la constituyente, en la que el “*despacho mayoritario*” defendió, fundamentándose en los tradicionales criterios jurisprudenciales sobre el tema, el carácter subsidiario, residual y heroico del amparo (Sagüés, 2009 pág. 458).

De manera que Sagüés considera que, aunque en el texto constitucional se exige que la otra vía judicial sea más idónea, el amparo debe declararse inadmisibile cuando exista otra vía judicial eficaz, tesis que se fundamenta en las referidas actas de la asamblea constituyente. La posición de este autor sobre la cuestión es inequívoca, ya que de manera enfática afirma: “*En conclusión, una exégesis leal de la Constitución conduce inexorablemente a mantener el papel supletorio o subsidiario de la acción de amparo*”. (Sagüés, 2009 pág. 459)

Luego de analizar las distintas posiciones doctrinales sobre la materia, nos referiremos a la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sobre la cuestión. El criterio de

esta Corte Suprema no es uniforme, ya que en algunos fallos ha mantenido la tesis tradicional, aplicando el artículo 2, inciso a, de la Ley núm. 16.986, de 1966, al condicionar la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía judicial efectiva, a pesar de que el texto constitucional (artículo 43 Constitución de 1994) la condiciona a que no exista otra vía judicial más efectiva (Sagüés, 2009 pág. 460). La referida tesis tradicional es la que ha prevalecido, sin perjuicio de que en algunos casos se haya abandonado (Sagüés, 2009 pág. 461).

La tesis anterior fue asumida por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Sentencia núm. 2 del 15 de abril 2015). En efecto, en la indicada sentencia se estableció lo siguiente:

Si por “medio judicial más idóneo” se entendiese todo aquel que asegure al amparista una más pronta solución del litigio, es obvio que toda pretensión con sustento constitucional –y todas lo tienen- resultaría admisible por la vía del amparo, con la consecuente desnaturalización de un procedimiento postulado como de excepción. “Vía judicial más idónea”, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado.

El criterio jurisprudencial anterior coincide con la opinión de destacados doctrinarios, tal y como se señala en la misma sentencia (Sentencia núm. 2 del 15 de abril 2015). En este sentido, se indica que:

Esta ha sido, en cierta manera, la posición asumida por destacada doctrina, cuando afirma “(...) La acción de amparo continúa siendo un remedio judicial subsidiario pese al hecho de que una interpretación crudamente literal del

artículo 43 de la Constitución Nacional, puede inducir a una conclusión diversa y conducir a aquella a la categoría de un instituto excluyente de todo el ordenamiento procesal ordinario..." (Conclusiones de Palacio, Lino E. y Quevedo Mendoza, Efraín, "Conclusiones del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Comisión de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo", Corrientes, agosto, 6, 7 y 8 de 1997).

La referida sentencia reivindica, además, precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Sentencia núm. 2 del 15 de abril 2015). En efecto, en ella se afirma que:

Como ha dicho también la C.S.J.N (Fallos:306:1254; 307:747; 310:576, entre muchos), el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que por carencia de otras vías legales aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita.

Hace algunos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la acción de amparo es de naturaleza subsidiaria, en la medida que destaca el hecho de que se trata de una institución que no está prevista para sustituir los procedimientos ordinarios y que los jueces deben, en cada caso, elegir el procedimiento que fuere más expedito. (Sentencia del 2 de marzo de 2016, dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina). En esta sentencia se establece, en efecto, lo siguiente:

7º) Que cabe recordar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución

tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (Fallos: 327:2127 Y 2413; 332:1394, entre otros).

9º) Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/09 - en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada- era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar ese aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (Fallos: 325:1744).

Entendemos que la tesis doctrinal seguida por el referido autor, conjuntamente con lo establecido en las sentencias analizadas, constituye una evidencia de que el artículo 43 de la Constitución de Argentina es inviable, ya que su aplicación literal conduciría a declarar admisible todas las acciones de amparo que conciernan a violaciones de derechos fundamentales, por el hecho de que este es el procedimiento más eficaz que generalmente se estructura en los sistemas de justicia. Lo anterior tendría como consecuencia que la totalidad de las vías judiciales contempladas en el derecho común quedaría sin contenido y el sistema de justicia convertido en un aparato ineficaz y disfuncional.

De lo que se trata, nada más y nada menos, es de que en Argentina un sector importante de la doctrina, así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideran que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que no exista otra vía eficaz, a pesar de que el referido texto constitucional la condiciona

a que la otra vía sea más eficaz. Este panorama contrasta significativamente con el escenario nacional donde, como veremos en los párrafos que siguen, una parte de la doctrina sostiene que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que exista otra vía judicial más eficaz, a pesar de que no existe un sustento constitucional y el texto legal que lo regula solo exige que la otra vía judicial sea eficaz.

Ciertamente, en el sistema de justicia dominicano, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad en el sistema argentino, el constituyente no previó nada respecto de las causales de inadmisibilidad y, por otra parte, mientras en aquel sistema se requiere que la otra vía sea más idónea que el amparo, en el nuestro solo se exige que la otra vía sea eficaz. En efecto, según el artículo 70, inciso 1, de la Ley núm. 137-11:

El juez apoderado de la acción de amparo, luego de instruido el proceso, podrá dictar sentencia declarando inadmisibile la acción, sin pronunciarse sobre el fondo, en los casos siguientes: 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado.

Sin embargo, el texto transcrito en el párrafo anterior no ha sido valorado de manera positiva por una parte de la doctrina dominicana. En este orden, se considera que el mismo no se corresponde con las previsiones consagradas en el artículo 72 de la Constitución, en el entendido de que el constituyente concibió el amparo como una garantía principal, porque no supeditó su admisibilidad a que no existieren otras vías judiciales, sino que lo erigió como una acción incondicionada. (Jorge Prats, 2013 págs. 188-189)

En el artículo 72 de la Constitución no se supedita la admisibilidad del amparo a que no exista otra vía eficaz, tal y como lo indica el referido autor. Trátese, entonces, de una cuestión objetiva comprobable con una simple lectura de dicho texto. Esto nos plantea,

sin embargo, una cuestión discutible que es la concerniente a la facultad del legislador de regular los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo.

En torno a esta cuestión, el derecho comparado nos presenta sistemas en los cuales las causales de inadmisibilidad están reguladas por leyes adjetivas y otros por la propia Constitución. (Tena y Polanco, 2012 pág. 41). En efecto, en torno al tema se afirma que:

La causa de inadmisibilidad relativa a la existencia de otra vía judicial que permita obtener la protección efectiva del derecho fundamental lesionado no se encuentra establecido directamente en el texto constitucional dominicano, contrario a Colombina (debería decir, Colombia) o Argentina, sino que como en Perú, es una opción de política legislativa, establecida en el artículo 70.1 de la LOTCPC (...).

Este debate se ha suscitado en otros países, como en Argentina, donde, como ya indicamos anteriormente, el amparo está regulado por la Ley núm. 16.986, en cuyo artículo 2 se consagran las causales de inadmisibilidad. La referida ley es considerada "(...) un instrumento idóneo, salvo los aspectos que chocan con la ley suprema, como, por ejemplo, la prohibición de que el juez de amparo resuelva inconstitucionalidades, como se establece en el artículo 2.d de la ley". (Sagüés, 2009 págs. 482-483)

Generalmente se acepta que las constituciones solo deben consagrar las instituciones y que las regulaciones sobre las mismas corresponden al legislador. Las leyes que regulan instituciones constitucionales, derechos o garantías como la que nos ocupan, se conocen como leyes de desarrollo. Es importante destacar que el constituyente dominicano de 2010 hizo suya esta corriente. Así, por ejemplo, en el artículo 74, inciso 2, se establece que: "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".

La necesidad y viabilidad de la ley de desarrollo está prevista de manera específica en la materia que nos ocupa. Ciertamente, en el artículo 72 de la Constitución, texto en el cual se instituye el amparo, se establece que *“De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades”*.

De manera que la facultad que tiene el legislador para regular el procedimiento que debe seguirse en materia de amparo tiene un fundamento constitucional y legal expreso. Despejada la cuestión anterior, conviene hacer referencia a los elementos que debe contener una ley de desarrollo, en una materia como la que nos ocupa. En torno a este aspecto, consideramos que los elementos que deben preverse son, entre otros: a) determinación de la competencia; b) el objeto; c) requisitos relativos a la legitimación; d) requisitos relativos a la admisibilidad y e) el régimen de los recursos. Tales elementos pueden ser regulados por el legislador, salvo que el texto constitucional lo haya previsto.

De los elementos indicados en el párrafo anterior, el texto constitucional solo contempla el relativo a la legitimación, al objeto de la acción de amparo y la naturaleza del procedimiento. En efecto, según el mencionado artículo 72:

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 difuso. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidad.

De lo anterior resulta que el texto constitucional previó la legitimación. Así, la legitimación activa, capacidad para accionar,

corresponde a toda persona que alegue la violación a alguno de sus derechos fundamentales; mientras que la legitimación pasiva concierne a los poderes públicos y a los particulares, en la medida que ambos pueden ser demandados.

El texto constitucional define el objeto de la acción, que es la protección de los derechos fundamentales. Es importante destacar, lo que sin dudas constituye una significativa novedad legislativa, que la acción de amparo también tiene como finalidad, según se indica en el mismo texto constitucional, hacer “(...) *efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses difusos y colectivos*”. Por último, el texto objeto de exégesis previó la naturaleza del procedimiento, el cual debe “(...) *ser preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidad*”.

Queda establecido, entonces, que el constituyente no previó los requisitos de admisibilidad de la acción, la jurisdicción competente ni el régimen de los recursos. En este sentido, el legislador quedó habilitado para incluir en la ley, como efectivamente lo hizo, los indicados elementos. Ahora bien, no podemos perder de vista que según se consagra en el mencionado artículo 74, inciso 2, las leyes de desarrollo deben respetar el contenido esencial del derecho fundamental o de la garantía fundamental de que se trate, así como el principio de razonabilidad. El texto que comentamos aplica en la materia que nos ocupa, ya que la acción de amparo es, al mismo tiempo, un derecho fundamental y una garantía fundamental.

De ahí que del análisis que venimos realizando solo nos queda por dilucidar si el inciso 1, del artículo 70 de la Ley núm. 137-11 es compatible con el principio de razonabilidad y si respeta el contenido esencial de la acción de amparo, al sujetar la admisibilidad de esta a que no exista otra vía judicial efectiva, aspecto que reservamos para abordarlo cuando tratemos lo relativo a los fundamentos de esta causal de inadmisibilidad.

Volviendo sobre lo concerniente a la naturaleza de la acción de amparo, se insiste en que según el artículo 72 de la Constitución, el amparo en nuestro país es una acción incondicionada, o no sujeta a condiciones de admisibilidad y que, en este orden, "(...) *en modo alguno, puede afirmarse que en el ordenamiento dominicano, el amparo constituye una acción de naturaleza "subsidiaria, residual, excepcional o heroica".* (Jorge Prats, 2013 págs. 188-189)

En esta misma línea de pensamiento, el referido autor sostiene:

Es por este carácter principal de la acción de amparo, que le viene dado por la misma Constitución, y que hace que este proceso constitucional sea usualmente no subsidiario ni excepcional ni residual, sino directamente operativo, que, cuando el artículo 70.1 de la LOTCPC establece que el amparo es inadmisibile cuando existan otras vías judiciales efectivas dicho requisito solo puede y solo debe interpretarse conforme a la Constitución, en el sentido, de que ante la lesión de un derecho fundamental, habrá que ver cuáles son los remedios judiciales existentes, no tanto para excluir el amparo cuándo existan vías judiciales alternativas o si ellas no son efectivas, sino cuando ellas provean un remedio judicial mejor que el amparo". (Jorge Prats, 2013 pág. 189)

La tesis anterior parece que la comparte Balbuena, quien al analizar el texto objeto de exégesis, incluye en sus comentarios una cita de Brage Camazano, cuyo contenido es el siguiente:

De modo pues que la vía de la acción de amparo es la vía procesal a utilizar no solo cuando el remedio procesal alternativo no sea idóneo, sino también en aquellos casos en que aun siendo idóneo no lo sea más que la acción de amparo. (Balbuena, 2013 pág. 176)

Contrario al criterio defendido en los párrafos anteriores, se plantea que:

La inexistencia de otras vías judiciales, como condición para la admisibilidad de la acción de amparo resulta de

un mandato expreso del legislador, tal como se deduce del citado texto de la Ley núm.137-11. Pero la situación va más allá se trata de un mandato del legislador que derogó tanto el régimen de inadmisibilidad como el carácter de la acción de amparo que preveía la antigua Ley núm. 137-06 (debería decir "437-06) sobre la materia. Efectivamente, el artículo 4 de esa ley disponía: "La reclamación de amparo constituye una acción autónoma, que no podrá suspenderse o sobreseerse para aguardar la definición de la suerte de otro proceso judicial, de la naturaleza que fuere; ni tampoco se subordina al cumplimiento de formalidades previas, o al agotamiento de otra vías de recursos e impugnaciones establecidas en la ley para combatir el acto y omisión que pretendidamente ha vulnerado un derecho fundamental". (Rodríguez Gómez, 2011)

Ciertamente, existe un mandato expreso del legislador, en el sentido de que la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que no exista otra vía judicial eficaz. Igualmente, resulta incuestionable que el legislador de 2011 quiso distanciarse, de manera deliberada, del legislador de 2006. Tal distanciamiento es advertido por el autor citado, quien destaca que el mismo no se evidencia solo porque en el artículo 4 de la mencionada Ley núm. 437-06 se establecía que la acción de amparo no estaba "(...) subordinada (...) al agotamiento de otra vías de recursos e impugnaciones establecidas en la ley para combatir el acto y omisión que pretendidamente ha vulnerado un derecho fundamental"; sino, además, porque entre las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 3 de la referida ley no se contemplaba la que nos ocupa, es decir, la existencia de otra vía eficaz. (Rodríguez Gómez, 2011)

Tena y Polanco también son partidarios de que la acción de amparo puede declararse inadmisibile cuando exista otra vía judicial efectiva, pero advierten, por una parte, que:

Los jueces de amparo no pueden ni deben abusar de esta causal, declarando inadmisibile cuanta pretensión

de tutela (debería decir "acción de amparo") de derechos fundamentales le sean requeridas, (pues se supone que en esta fase del análisis ya se ha verificado los presupuestos de procedencia del amparo), por lo que están obligado a realizar un análisis puntual de los supuestos fácticos que se les presenten, evitando remitir a los procesos ordinarios vulneraciones o amenazas a derechos en lo que exista el riesgo de un perjuicio irreparable en la demora. (Tena y Polanco, 2012 pág. 43)

Por otra parte, los indicados autores sugieren que:

(...) tratándose de un asunto cuya resolución definitiva requiera de mayor debate judicial o probanza pero en los que exista a la vez peligro en la demora, los jueces de amparo deberían otorgar una protección inmediata de carácter transitorio cautelar, como en Colombia, con la consecuente obligación del amparista de incoar en un breve plazo, la acción judicial ordinaria que corresponda para la sustanciación definitiva del asunto. Aunque dicha posibilidad no se encuentre regulada en la legislación del país, el Tribunal Constitucional podría habilitarla pretorianamente para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales. (Tena y Polanco, 2012 págs. 43-44)

Del análisis que haremos de algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional se podrá advertir que se toman en cuenta dos elementos para determinar si existe otra vía eficaz. Dichos elementos son los siguientes: a) la posibilidad de que se produzcan daños irreparables, a consecuencia de la demora en la solución del conflicto y b) la imposibilidad de resolver por la vía sumaria del amparo casos que por su naturaleza y complejidad requieren del agotamiento de procedimientos de pruebas que solo pueden cumplirse, de manera eficiente, siguiendo un procedimiento ordinario.

En lo que concierne a la posibilidad de declarar inadmisibles la acción de amparo cuando exista otra vía judicial eficaz, y ordenar

una medida cautelar, consideramos que se trata de una técnica de administración de justicia que implementada correctamente puede ser útil, ya que evita que la demora cause un daño irreparable.

19.1.1.3 *Interpretación de esta causal por el Tribunal Constitucional dominicano*

Luego de expuestas algunas de las opiniones doctrinales sobre el aspecto discutido, analizaremos algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional dominicano en las cuales interpreta la causal de inadmisibilidad que nos ocupa.

Los elementos que definen la naturaleza del amparo se regulan en la Constitución o en la ley y, en algunos casos, en ambas fuentes del derecho. El sistema dominicano se ubica en la última hipótesis. En efecto, de la lectura del artículo 72 de la Constitución se advierte cómo el constituyente define algunas de las características de la acción de amparo, al indicarse en el mismo que se trata de un procedimiento: *“preferente, sumario, oral público, gratuito y no sujeto a formalidades”*. De los elementos indicados resulta necesario que expliquemos el primero, dado que en ocasiones el mismo ha sido interpretado como equivalente a principal, cuando en realidad no tiene esta significación.⁵²⁴

El carácter preferente del amparo lo que significa es que el juez debe tramitarlo con prelación a cualquier otro asunto de su competencia y dentro de unos plazos perentorios e improrrogables (Carrera Silva, 2012). En otras palabras, lo que significa esta expresión es que la acción de amparo debe ser tramitada con prioridad

524 En un voto disidente formulado por el magistrado Víctor Joaquín Castellano Pizano, en la sentencia TC/0291/15, de fecha 23 de septiembre, se afirma que: *“La lectura de la parte in fine de esta disposición (se refiere al artículo 72 de la Constitución) revela que, al singularizar como preferente el procedimiento de amparo, el constituyente procuró otorgarle preponderancia y evitar su relegación en favor de otro mecanismos procesales que ofrezcan una tutela similar al derecho fundamental cuya protección se persigue (...)”* (véase página 26 de la indicada sentencia).

a los demás expedientes que tenga bajo su responsabilidad el juez. (Pérez Royo, 2010 pág. 462)

En el contexto dominicano, lo que esto supone es que el juez de primera instancia, antes de conocer los expedientes relativos a demandas civiles, penales o laborales, debe conocer los que se refieren a la materia de amparo. En el caso del Tribunal Superior Administrativo, primero debe conocer las acciones de amparo y luego los recursos contencioso administrativos o contencioso tributario. Este es el significado correcto del término *preferente*.

Volviendo sobre la cuestión esencial que nos ocupa, debemos destacar los elementos contemplados por el constituyente dominicano que definen una parte de la naturaleza del amparo. Ciertamente, a partir de los mismos podemos considerar que la acción de amparo es un procedimiento excepcional y especial. Sin embargo, el texto constitucional no contempla elementos que permitan establecer si la acción de amparo es principal o subsidiaria, este aspecto quedó delegado al legislador ordinario, quien lo definió en el referido artículo 70.1 de la Ley núm. 137-11.

En este texto se establece, como anteriormente indicamos, que la acción de amparo puede ser declarada inadmisibles cuando exista otra vía judicial efectiva. Aquí hay un mandato expreso del legislador, dirigido al juez de amparo y que consiste en que ante el apoderamiento de una acción de amparo debe investigar si en el ordenamiento jurídico existe otra vía que permita una protección eficaz del accionante. Si existiere tal vía, este juez puede declarar inadmisibles la acción en aplicación del indicado texto legal. Esta es la opción legislativa que nos ofrece el sistema de justicia constitucional vigente en la actualidad y no podemos cambiarlo, so pretexto de interpretarlo, pues ello implicaría violar el principio del paralelismo de la forma.⁵²⁵

525 El principio del paralelismo de las formas supone que las normas jurídicas sean modificadas o derogadas por el mismo órgano que la dictó y siguiendo el mismo procedimiento agotado para su creación. Por ejemplo, las leyes aprobadas por

El Tribunal Constitucional dominicano, desde sus primeras sentencias, ha considerado que la acción de amparo es subsidiaria, en aplicación de lo que establece el artículo 70.1 de la Ley núm. 137-11. (TC/0021/12, 2012 pág. 10) En efecto, en la indicada sentencia se estableció lo siguiente:

Sin embargo, en la especie no existía otra vía tan efectiva como la acción de amparo, porque el interés de los accionantes consistía en lograr una decisión que constriñera a la Superintendencia de Electricidad a decidir varios recursos jerárquicos interpuestos contra decisiones dictadas por el titular de la Oficina de Protección al Consumidor (PROTECOM). Por tanto, en el caso de la especie, el juez apoderado de la acción de amparo interpretó de manera errónea el aludido artículo 70.1.

Además, el ejercicio de la mencionada facultad de inadmisión se encuentra condicionada a la identificación de la vía judicial que el tribunal considere idónea, así como de las razones por las cuales la misma reúne los elementos de eficacia requeridos por el legislador. En el caso de la especie, el juez de amparo no indicó cuál era la vía más efectiva prevista, por lo que la sentencia recurrida adolece de motivación en el aspecto examinado.

Según lo establecido en el primero de los párrafos transcritos, el tribunal considera que en la especie a que se contrae la sentencia de referencia no existía otra vía tan efectiva como el amparo para resolver las pretensiones del accionante, por lo que, llegó a la conclusión de que el artículo 70, inciso 1 de la Ley núm. 137-11, fue mal interpretado por el juez de amparo. De lo anterior resulta que, para el Tribunal Constitucional, la aplicación correcta del mencionado texto conduce a declarar inadmisibile la acción de amparo cuando exista otra vía eficaz.

el Congreso solo pueden modificarse por este mismo órgano y siguiendo el procedimiento previsto en la Constitución (artículos 96 y siguientes).

En el segundo de los párrafos, el Tribunal Constitucional estableció dos obligaciones a cargo del juez de amparo. La primera consiste en que el juez de amparo debe identificar la otra vía judicial que considera efectiva. La segunda consiste en que el juez debe explicar las razones por las cuales la otra vía judicial identificada es efectiva.

Es importante destacar que la determinación de otra vía efectiva es una cuestión muy subjetiva y que debe resolverse de manera casuística. Lo anterior nos permite concluir en el sentido de que resulta difícil establecer una regla general para determinar la otra vía efectiva. Sin embargo, como veremos más adelante, es posible identificar conflictos sobre derechos fundamentales que por las características que presentan no resulta viable conocerlos siguiendo el procedimiento sumario del amparo.

En la sentencia TC/0030/12, de fecha 3 de agosto, el tribunal reitera el criterio desarrollado en la sentencia anteriormente analizada y aporta elementos que lo enriquecen. Ciertamente, en esta última sentencia se establece que una vía judicial en la cual el juez competente tiene facultad para dictar medidas cautelares es eficaz.⁵²⁶ Igualmente, estableció que dada la naturaleza del conflicto no era viable resolverlo siguiendo el procedimiento de amparo.

En una sentencia posterior, el tribunal fue enfático respecto de que la otra vía no tenía que ser más efectiva, sino pura y simplemente efectiva (TC/0083/14). Textualmente se estableció que:

526 En la página 12 de la sentencia TC/0030/2012, del 3 de agosto, el Tribunal Constitucional dominicano estableció que: *“En la especie, el Tribunal de Primera Instancia podía ordenar la suspensión del mandamiento de pago de referencia, hasta que se resolviera el aspecto relativo a la regularidad de la liquidación de los arbitrios, con lo cual quedaba abierta la posibilidad de que el accionante resolviera su pretensión más urgente: evitar que sus bienes fueran embargados. La efectividad de esta vía resulta incuestionable, ya que, según el artículo 7.6 de la mencionada Ley 13-07, la solicitud de la medida cautelar tiene efecto suspensivo. Es decir, que desde el momento que la parte interesada haga el pedimento, el acto de que se trate no puede ejecutarse”.*

De la lectura del párrafo anterior se advierte que a juicio del tribunal que dictó la sentencia recurrida la acción de amparo es inadmisibile cuando exista otra vía más eficaz. Este criterio no se corresponde con lo previsto en el artículo 70.1 de la Ley núm. 137-11, según el cual la admisibilidad de la acción de amparo está condicionada a que no "(...) existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado". De manera que el legislador no exige, como causal de inadmisibilidad, que la otra vía existente sea más eficaz, sino que la otra vía sea tan eficaz como la acción de amparo.

La línea jurisprudencial que se desarrolla en las sentencias analizadas se mantiene en la actualidad (TC/0017/16). Lo anterior queda confirmado cuando el tribunal afirma que:

En torno a la aplicación de la otra vía, este tribunal se ha referido en varias sentencias que ha emitido, tales como la TC/0083/12, del 15 de diciembre de 2012; TC/0084/12, del 15 de diciembre de 2012; TC/0098/12, del 21 de diciembre de 2012; TC/0269/13, del 19 de diciembre de 2013; y TC/0144/14, del 9 de julio de 2014, en donde cada vez que el tribunal hace uso de la otra vía, siempre requiere que las mismas permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado, tal como lo señala el artículo 70.1. Lo que exige el tribunal cuando analiza las sentencias que les son sometidas a revisión es que el juez que ha conocido la acción, cuando aplica el artículo 70.1, identifique la vía ante la que debe acudir quien alega la violación a un derecho fundamental y que la misma sea efectiva.

Nos parece importante destacar que la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional dominicano no solo coincide con una parte de la doctrina nacional, sino también con la de importantes autores extranjeros. En este sentido, se afirma que:

En consecuencia, cuando los procedimientos previos o las vías paralelas y concurrentes no son hábiles para reparar el agravio, y el tránsito por los mismos puede traer aparejado un mal grave e irreparable, la vía del amparo se abre con prescindencia de todo trámite previo. (Lazzarini, 1987 pág. 139)

Para que se valore correctamente esta opinión es importante recordar que en Argentina el amparo está regulado por la Ley núm. 16.986, del año 1966 y que según el artículo 2, inciso a, *“La acción de amparo no será admisible cuando a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”*. El contenido de este texto coincide, casi exactamente, con el del artículo 70, inciso 1, de la Ley núm. 137-11.

El régimen anterior, como también se recordará, se mantuvo hasta la reforma constitucional de 1994, ya que en el artículo 43 de dicha Constitución se estableció que: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (...)”*. El cambio operado consistió en que mientras en la ley se supedita la admisibilidad de la acción a que no exista un recurso judicial que proteja el derecho fundamental, en el texto constitucional se exige que la otra vía sea un remedio judicial más idónea. Como el artículo 43 es posterior y forma parte de la Ley Fundamental, está fuera de discusión que este texto es el que prevalece. Otra cosa muy distinta es lo que ha ocurrido en la práctica judicial de ese país, la cual, como ya hemos tenido ocasión de explicar, en varios casos ha dejado entrever que la aplicación del referido texto constitucional no es viable.

Durante el período anterior a la reforma constitucional, la facultad que el legislador le dio al juez de amparo para declarar inadmisibles la acción de amparo cuando existía otra vía judicial en condiciones de proteger los derechos fundamentales era admitida pacíficamente, ya que la referida opinión era respaldada casi de

manera unánime, tal y como quedará comprobado en los párrafos que siguen.

En este sentido, se afirma que según el artículo 2, inciso a, de la Ley núm. 16.986, el amparo es una vía supletoria de utilización excepcional y de carácter residual. (Rivas, 2008 pág. 310). Para este autor la otra vía debe ser adecuada y, a estos fines, sostiene que:

(...) la presencia de otra vía, debe ser adecuada conforme al principio de racionalidad estructural, y no lo sería, si por su complejidad o lentitud, resultare incompatible con la necesidad de una rápida y efectiva restitución del derecho perdido o restringido, o para hacer cesar la amenaza sufrida. (Rivas, 2008 pág. 310)

Otra opinión que se inscribe en la línea doctrinal que venimos exponiendo es la siguiente:

Con anterioridad a la vigencia del nuevo artículo 43 no cabía duda en el sentido de que la pretensión de amparo configuraba una vía excepcional o subsidiaria, por cuanto tanto los precedentes judiciales anteriores a la promulgación de la Ley núm. 16.986, como el artículo 2; inciso a) de este ordenamiento descartaba la admisibilidad del amparo frente a la existencia de "recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate. (Palacio, 2008 pág. 343)

Según lo entienden los autores citados, del contenido del texto objeto de exégesis se colige que en el sistema argentino la admisibilidad de la acción de amparo estaba condicionada a que no existiera otra vía idónea. Dicha línea doctrinal reviste una gran importancia para el debate que sobre la cuestión mantiene dividida a la doctrina nacional. Tal importancia deriva, como lo señalamos anteriormente, en que existe una similitud incuestionable entre el comentado artículo 2, inciso a, de la Ley argentina núm. 16.986 y el artículo 70, inciso 1, de la ley dominicana, núm. 137-11.

De manera que ha quedado establecido que el Tribunal Constitucional dominicano ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre la cuestión que nos ocupa que coincide con opiniones doctrinales de autores que no solo son académicamente calificadas, sino que, además, y esto es lo más importante, sustentan su tesis en la interpretación de un texto que es incuestionablemente similar al que se encuentra vigente en nuestro país. La casi uniformidad que existía en la doctrina argentina sobre la materia desapareció después de la reforma constitucional de 1994, tal y como fue expuesto anteriormente.

Luego de establecida la similitud que existe entre las posiciones doctrinales y jurisprudenciales asumidas por autores y tribunales argentinos que coinciden con la interpretación del artículo 70, inciso 1 de la Ley núm. 137-11 que ha hecho el Tribunal Constitucional dominicano, analizaremos los dos elementos que desde la sentencia TC/0030/12 se han tomado en cuenta para considerar que existe otra vía eficaz que justifica la inadmisibilidad de la acción de amparo. Tales elementos son los siguientes: a) que el juez competente para conocer de la demanda o el recurso, considerado como la otra vía eficaz, pueda dictar medidas cautelares; y b) que la naturaleza y complejidad del conflicto requiera el agotamiento de una actividad probatoria que solo pueda llevarse a cabo siguiendo un procedimiento ordinario.

Respecto del primero de los elementos aportados por la sentencia analizada, debemos destacar que se trata de una cuestión no pacífica, en la medida que no toda la doctrina admite que la vía ordinaria se convierte en eficaz por el hecho de que el juez competente para conocer la misma tenga facultad para dictar medidas cautelares. En este orden, se considera que:

(...) las medidas cautelares a pesar de su eficacia para modificar el estatus quo, y obligar a redefinir una situación jurídica determinada no alcanza para constituir el medio apto para que obstruya la acción de amparo, en tanto que

no sirve para resolver la materialidad del derecho agraviado. (Gozaini, 1999 pág. 323)

La tesis contraria sostiene que *“(...) si una cuestión puede atenderse por medio de una acción procesal distinta del amparo, combinada con una medida de no innovar o innovativa, el amparo será inadmisibles”.* (Sagüés, 2009 pág. 465). Entendemos que esta es la postura correcta, ya que, si bien es cierto que la medida cautelar solo ofrece una solución provisional del problema y, en consecuencia, no comporta una respuesta a las pretensiones del accionante en amparo, sirve para evitar los eventuales daños irreparables que la demora propia de los procesos ordinarios pueda causar. Desde el momento que desaparece este peligro, no hay razones para que el conflicto se conozca siguiendo el procedimiento sumario del amparo.

El segundo de los elementos aportados por la sentencia objeto de análisis también plantea una cuestión discutida. En este orden, quienes consideran que la complejidad del caso constituye una razón para excluir del ámbito del amparo un determinado conflicto sostienen que:

El amparo claramente no procede cuando, para decidir acerca de la conducta o decisión de la administración, deba realizarse una investigación profunda acerca del mérito o la oportunidad de la acción administrativa, es decir, cuando sea necesario profundizar en el proceso de toma de decisión hecho por la administración. (Barra, 2008 pág. 331).

Este autor fundamenta su criterio en las limitaciones que acusa el procedimiento en lo que concierne a la actividad probatoria, por esta razón afirma que: *“(...) el amparo limita las facultades cognoscitivas del juez, como también la amplitud de defensa de la demandada”.* (Barra, 2008 pág. 331). De manera que lo que está planteando el referido autor es que cuando se trata de casos complejos, el procedimiento sumario, propio de la materia de amparo, no permite ejercer el derecho de defensa en la forma requerida.

Quienes contestan la tesis anterior admiten que en el procedimiento de amparo no existe la posibilidad de ejercer el derecho de defensa con la debida amplitud, pero justifican dicha limitación de la manera siguiente:

(...) si frente a la mera “verosimilitud” del derecho cabe la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del afectado, no carece de razonabilidad que, ante la cuasi certeza del derecho involucrado en una pretensión de amparo, se restrinja en alguna medida la extensión de la defensa, del mismo modo que las leyes procesales la limitan - particularmente en causa de menor complejidad de las cuestiones debatidas - en los denominados procesos “sumarísimos” e inclusive los descartan frente a determinados planteos cuya claridad torna superfluo todo debate como ocurre, v. gr. Cuando eliminan la sustanciación en el supuesto de nulidades manifiestas o admiten la desestimación in limine de peticiones de nulidad manifiestamente improcedente (arts. 172 y 173 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. (Palacio, 2008 pág. 346)

Es de principio que en derecho no existen categorías absolutas, ya que ni siquiera los derechos fundamentales tienen tal característica, menos aún las garantías del debido proceso. Estas últimas están previstas en el artículo 69 de la Constitución dominicana, entre estas se encuentra el derecho de defensa. Las mismas deben aplicarse con la misma intensidad en todas las materias, pero esto es en principio; toda vez que de no matizarse su aplicación en determinadas materias, los fines de la justicia quedarían frustrados.

De ahí que, en parte, es válido el argumento desarrollado por el autor citado, porque, ciertamente, en todas las legislaciones existen materias en las cuales los fines de la justicia no se logran si no se limita el derecho de defensa. En este orden, en nuestro ordenamiento existen ejemplos similares a los que se extraen del sistema argentino. Basta con dirigir la mirada hacia los embargos conservatorios para advertir que los mismos se ordenan sin previa

citación del eventual embargado, lo cual se justifica porque el peligro de insolvencia del deudor y la consecuente desaparición de las garantías del acreedor aconsejan que el procedimiento sea gracioso y no contradictorio.⁵²⁷

No cabe dudas de que en el conocimiento de una acción de amparo puede limitarse el derecho de defensa, como se hace en materias como la indicada en el párrafo anterior, aunque no de la misma forma, ya que en modo alguno podría conocerse una acción de amparo sin la presencia del demandado o que esté debidamente citado. En materia de amparo, la limitación al debido proceso se evidencia en el plazo que tiene el demandado para ejercer su derecho de defensa, si lo comparamos con aquel de que dispone el demandado en los procedimientos ordinarios.⁵²⁸

527 Según el artículo 48 del Código de Procedimiento civil *"En caso de urgencia, y si el cobro del crédito parece estar en peligro, el juez de primera instancia del domicilio del deudor o del lugar donde estén situados los bienes a embargar podrá autorizar, a cualquier acreedor que tenga un crédito que parezca justificado en principio, a embargar conservatoriamente los bienes muebles pertenecientes a su deudor.*

El crédito se considerará en peligro y por tanto habrá urgencia cuando se aporten elementos de prueba de naturaleza tal que permitan suponer o temer la insolvencia inminente del deudor, lo cual se hará constar en el auto que dicte el juez, así como la suma por lo cual se autoriza el embargo y el plazo en que el acreedor deberá demandar ante el juez competente la validez del embargo conservatorio o sobre el fondo, todo a pena de nulidad del embargo. El juez podrá exigir al acreedor la justificación previa de la solvencia suficiente o la presentación de un fiador o de una fianza, que se hará en secretaría o en manos de un secuestrario, sin necesidad de llenar las formalidades prescritas por el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil. La parte interesada podrá recurrir en referimiento ante el mismo juez que dictó el auto. El auto se ejecutará sobre minuta y no obstante cualquier recurso." Como se advierte, en texto transcrito no contempla la notificación al deudor de la solicitud de autorización para embargar, de manera que el juez apodera de la solicitud puede autorizar el embargo tomando en cuenta solo los alegatos y documentos depositados por la parte interesada en el embargo.

528 Según el artículo 78 de la ley 137-11, *la acción de amparo puede ser notificada al demandado hasta un día antes de la audiencia fijada para conocer del conflicto, de manera que el plazo que tiene para defenderse es sumamente breve. Mientras que en el derecho común, el plazo de la comparecencia es el de la octava franca, según se establece en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que el demandado dispone de ocho días francos para constituir abogado. Una vez se haya constituido abogado, los actos del procedimiento deben ser notificado en el domicilio profesional de este.*

Ahora bien, lo que justifica la limitación del debido proceso en materia de amparo es la existencia de un acto de la autoridad pública o de un particular manifiestamente arbitrario e ilegal. Tal arbitrariedad debe ser manifiesta y apreciable a simple vista, de manera que su acreditación no requiera del agotamiento de medios de pruebas. En este sentido, ante un conflicto sobre alegada violación a un derecho fundamental que no tiene las características indicadas, no se justifica que la cuestión sea ventilada en un procedimiento sumario que no permite el ejercicio pleno del derecho de defensa.

19.1.1.4 *Los fundamentos de esta causal de inadmisibilidad: evitar desnaturalización de la acción de amparo y la anarquía del sistema de justicia*

Hasta aquí hemos agotado los aspectos que consideramos más relevantes de la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 70, inciso 1, de la Ley núm. 137-11, de manera que solo nos queda por abordar lo concerniente a los fundamentos de esta causal. Aquí de lo que se trata es de establecer las razones por las cuales el legislador dominicano, al igual que los legisladores de otros países, han optado por condicionar la admisibilidad de la acción de amparo a que no exista otra vía eficaz, en lugar de condicionarlo a que no exista otra vía judicial más eficaz o simplemente dejarlo en libertad de que conozca de todas las acciones que tengan por objeto resolver un conflicto en el cual se invoque una amenaza o la violación a un derecho fundamental.

Condicionar la admisibilidad de la acción de amparo a que no exista una vía judicial más eficaz o simplemente no establecer condiciones implicaría transformar esta garantía en ordinaria, lo cual equivale a hacerla desaparecer. En este orden, se afirma que:

El amparo no es el instrumento al cual necesariamente hay que acudir en primera ocasión, sino que es el arma a la

cual hay que tomar cuando no se encuentra otro remedio porque no existe, o la que existe no es suficiente para reparar el derecho que se ha violado. Porque si todo es amparo, nada va a ser amparo. Lo peor que podría ocurrir es que llegáramos a una desnaturalización, por una “amparomanía” que no está en la intención de los legisladores ni sería bueno para el equilibrio del sistema. (Vanossi, 2013 págs. 899-900)

De la lectura de lo expuesto por el indicado autor, lo cual compartimos, se advierte la gran importancia que tiene condicionar la admisibilidad de la acción de amparo a que no exista otra vía eficaz, pues lo que está en juego es nada más y nada menos que la funcionalidad del sistema de justicia. De no existir dicho requisito, el juez de amparo tendría que conocer todos los conflictos relativos a amenazas o violaciones a derechos fundamentales, lo cual, inevitablemente, desequilibraría el sistema y lo haría colapsar. La jurisdicción de amparo no está en condiciones de asumir y resolver en plazos razonables todos los conflictos surgidos en la materia.

El amparo es una garantía excepcional y subsidiaria que forma parte de un sistema donde existen disímiles vías judiciales, las cuales tienen que seguir existiendo y desempeñando la función que el legislador le ha asignado, por esta razón Bidart Campos sostiene que si:

(...) el amparo fuera una vía procesal sustitutiva de las demás habría que decir que cada persona estaría en condiciones de elegir la vía de su preferencia, lo que sin dudas arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo. (Torricelli, 2008 pág. 343)

En esta misma línea de pensamiento se afirma que:

La subsidiaridad, además de ser una característica de la acción, constituye una causal de improcedencia de radical

importancia. Desde esta perspectiva se confirma que la finalidad de la acción de tutela no es la de sustituir los medios judiciales existentes, sino, por el contrario, garantizar su agotamiento. (Carrera Silva, 2012 pág. 194)

La estructuración de una modalidad de amparo subsidiario, como el que está vigente en nuestro país, es cónsono con las garantías del debido proceso y, en particular, con el derecho de defensa. Esto así, porque le permite al juez de amparo declarar inadmisibles la acción de amparo y enviar al accionante a acudir a otra vía cuando se trate de un conflicto de derecho que por su naturaleza y complejidad requieran del agotamiento de una actividad probatoria que no sería viable materializar en un proceso sumario como el amparo. En tal hipótesis, el derecho de defensa solo podría ejercerse eficazmente en el ámbito de un procedimiento ordinario.

En este sentido, se sostiene que *“Fuera de aquellos supuestos excepcionales el amparo no es una vía idónea, porque limita las facultades cognoscitivas del juez, como también la amplitud de defensa de la demanda”*. (Barra, 2008 pág. 331). Cuando los conflictos son complejos su correcta solución requiere que la parte accionante disponga de un tiempo razonable para aportar las pruebas necesarias y justificar sus pretensiones; mientras que el demandado requiere también de un tiempo razonable para ejercer su derecho de defensa. Pero no solo las partes requieren tiempo, sino también el juez, quien tiene la responsabilidad más delicada: la de examinar los documentos que forma el expediente, así como estudiar y analizar los alegatos de las partes, para estar en condiciones de decidir el conflicto planteado en consonancia con el derecho.

A modo de conclusión, sostenemos que la causal que hemos venido analizando tiene dos fundamentos esenciales, los cuales son, por una parte, la preservación del equilibrio y la funcionalidad de la administración de justicia como sistema, y, por otra parte,

garantizar que determinados casos sean conocidos siguiendo los procedimientos ordinarios, para que de esta forma las partes y el juez dispongan de un plazo que les permita cumplir con el rol que tienen en el proceso.

Teniendo la causal de inadmisibilidad que nos ocupa los fundamentos indicados, resulta evidente que el texto que la consagra satisface el principio de razonabilidad y preserva el contenido esencial de la acción de amparo. En este sentido, la regulación realizada por el legislador es compatible con el artículo 72 de la Constitución y satisface los requisitos del artículo 74, inciso 2 de la misma Constitución.

19.1.2 Plazo dentro del cual debe incoarse la acción de amparo

19.1.2.1 Compatibilidad de este requisito con la Constitución

En el artículo 70, inciso 2 de la Ley núm. 137-11 se establece la segunda causal de inadmisibilidad. Según este texto el tribunal de amparo puede declarar inadmisibile la acción de amparo: *“Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que ha conculcado un derecho fundamental”*.

Esta causal de inadmisibilidad la contemplan legislaciones de otros sistemas, aunque la extensión del plazo no es uniforme, oscilando entre un mínimo de 15 días y un máximo de 2 meses.⁵²⁹ Por otra parte, el punto de partida se fija en la fecha en que el

529 En el sistema argentino, por ejemplo, el plazo para accionar es de 15 días, según el artículo 2, inciso c, de la Ley 16.986, que establece *“El amparo es inadmisibile cuando la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”*. Según el artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica el plazo para accionar en amparo es de dos meses, contados a partir de la fecha en que el agraviado tuvo conocimiento de la violación.

agraviado ha tenido conocimiento de la amenaza o la lesión al derecho fundamental de que se trate.

El texto que establece la causal de inadmisibilidad que nos ocupa es considerado, por un sector de la doctrina, contrario a la Constitución. (Jorge Prats, 2013 pág. 192). La inconstitucionalidad se predica *“particularmente cuando la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental es provocado por un acto estatal, las leyes y otros actos estatales inconstitucionales no pueden quedar convalidados por el paso del tiempo”*. (Brewer-Carias, 2007 pág. 189).

En esta misma línea de pensamiento, se plantea que el plazo de prescripción solo debería tomarse en cuenta cuando se trate de violaciones cometidas por particulares y cuando se trate de derechos que por su carácter patrimonial pueden ser consentidos. (Jorge Prats, 2013 pág. 192). Según el citado autor el plazo de prescripción:

(...) debería tan solo pronunciarse contra actos de particulares y solo si se trata de derecho que, por su carácter patrimonial, su violación puede ser consentida por el afectado. Aún en casos de amparos contra actos estatales, la prescripción sería improcedente, siempre, por lo menos respecto de los amparos contra actos que violen flagrantemente derechos fundamentales que no puedan ser denunciados por el afectado o cuando se trate de derechos muy básicos y vinculados a la persona y a su dignidad y, en consecuencia, constituyan violaciones que no solo afectan al individuo, sino también a toda la colectividad, convirtiéndolo en afrenta contra el orden público iusfundamental. (Jorge Prats, 2013 pág. 192)

Sobre los planteamientos expuestos anteriormente, consideramos que, por las razones que explicaremos cuando abordemos la cuestión relativa a los fundamentos de esta causal de inadmisibilidad, el referido texto es compatible con la Constitución. En efecto, lo que generaría una situación de inconstitucionalidad sería permitir que la acción de amparo pudiera incoarse en la fecha que lo decida la presunta víctima del acto u omisión generador de la violación a un derecho fundamental.

Al margen de la constitucionalidad del texto en cuestión, consideramos importante destacar que luego de vencido el plazo previsto por la ley para accionar, la presunta víctima puede acudir a los procedimientos ordinarios. De hecho, en algunas legislaciones, como la costarricense, esta posibilidad se consagra de manera expresa (Hernandez Valle, 2006 pág. 289). Este autor valora de manera positiva la referida previsión legal y, en este sentido, afirma que constituye un sano principio el hecho de que:

(...) la falta de impugnación oportuna de un acto u omisión de un derecho fundamental en la vía del amparo dentro de los plazos fijados por el artículo 35 ibídem no precluya la posibilidad de impugnar esos actos u omisiones en otras vías procesales (Hernandez Valle, 2006 págs. 289-290)

La posibilidad de acudir a la vía ordinaria, luego de vencido el plazo previsto por la ley de amparo, existe, particularmente, cuando la acción es declarada inadmisibile (Sagüés, 2009 pág. 495). Esta cuestión, sin embargo, no es pacífica, en la medida que hay autores que consideran que lo decidido por el juez de amparo no puede volverse a conocer en otra instancia, en el entendido de que el conocimiento que se agota en un procedimiento de amparo no es superficial o restringido, sino pleno, por lo cual, lo decidido es irreversible (Palacio, 2008, pág. 298).

19.1.2.2 *Punto de partida del plazo para accionar*

Respecto del punto de partida del plazo, es importante destacar que su determinación presenta cierta dificultad en algunas hipótesis. Tales hipótesis son, por ejemplo, las violaciones de naturaleza continua o cuando la amenaza o violación a un derecho fundamental es una omisión y no una acción. Igualmente, cuando se trata de derechos colectivos e intereses difusos.

En lo que concierne a las violaciones continuas, fijar el punto de partida del plazo para accionar genera importantes debates. La tesis generalmente aceptada sobre la cuestión es la que considera que el mismo debe situarse en la fecha de la última actuación ilegal o arbitraria. (Sagüés, 2009 pág. 484). Un problema no menos importante consiste en determinar cuándo una violación es continua. Ciertamente, no existe una regla general que nos permita identificar este tipo de violaciones, de lo cual resulta que se trata de un problema que el juez debe resolver de manera casuística. Un ejemplo que se considera ilustrativo es la negativa a entregar un título universitario o la reducción salarial que se produce en períodos fijos. (Sagüés, 2009 pág. 485).

La posición asumida por el Tribunal Constitucional dominicano sigue, en sentido general, la tesis doctrinal anterior (TC/0053/14). En esta sentencia, el tribunal estableció que:

b. Con respecto al alegato del vencimiento del plazo, es oportuno indicar que la violación del derecho que se reclama es una violación continua, razón por la cual el plazo ha debido mantenerse abierto en tanto y cuanto persista tal violación, circunstancia que se constituyó en un impedimento insuperable para que se produjera la prescripción.

Nos parece importante destacar que para el Tribunal Constitucional dominicano las violaciones que se concretizan en un solo

acto se convierten en continuas cuando el accionante demuestra que ha realizado diligencias tendientes a que se corrija el acto o la omisión del cual deriva la violación (TC/0167/14). En efecto, en la sentencia indicada, el tribunal deja constancia de las repetidas diligencias realizadas por la accionante en amparo y, fundamentado en dicha realidad fáctica, llega a la siguiente conclusión:

Tal situación evidencia la continuidad de la afectación al derecho fundamental de la recurrente, por lo que el plazo con el cual contaba para interponer la acción se mantuvo renovándose desde el 17 de septiembre de dos mil ocho (2008) hasta la fecha de la interposición de la acción de amparo el veinticinco de mayo de (25) de mayo de dos mil doce (2012).

Este criterio jurisprudencial fue desarrollado originalmente por la Primera Sala, Civil y Comercial, de la Suprema Corte de Justicia (Sentencia núm. 28 del 25 de marzo 2009). Ciertamente, en la indicada decisión el referido tribunal estableció que la violación imputada a la Dirección General de Aduanas, consistente en la negativa a entregar un vehículo en relación al cual se habían pagado los impuestos correspondientes, debía considerarse una violación continua, tomando en cuenta las diligencias realizadas por el afectado. En consecuencia, el plazo no debía contarse desde la primera agresión, sino que debían valorarse las diligencias realizadas para estar en condiciones de establecer si el afectado habría actuado con mayor o menor celeridad frente al continuado estado de violación.

La tesis anterior, desarrollada por la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia y seguida por el Tribunal Constitucional, solo toma en cuenta uno de los fundamentos del plazo previsto para accionar. Este es la negligencia del accionante y la consecuente presunción de consentimiento de la violación, pero no toma en cuenta el valor seguridad jurídica que, como veremos

más adelante, constituye uno de los fundamentos de la referida causal de inadmisibilidad.⁵³⁰

En torno a los casos en que el origen de la amenaza o violación al derecho fundamental invocado es una omisión y no una acción, la determinación del punto de partida es más complicado, advirtiéndose que el juez debe tener en cuenta que se presentan tres hipótesis (Sagüés, 2009 pág. 486). En efecto, respecto de esta cuestión se afirma que:

Es importante establecer si la actuación no realizada debía concretizarse en una fecha determinada o si no existía tal fecha. En el primer caso el plazo de caducidad corre desde dicha fecha, pero en el segundo caso el plazo de caducidad no corre. Una tercera hipótesis se plantea cuando el afectado intima y reclama la realización de la actuación en una fecha determinada, el plazo comenzaría a correr a partir de esta fecha.

Una situación particular se presenta, igualmente, cuando el derecho invocado es colectivo o difuso. En tal eventualidad debe tenerse en cuenta que la legitimación es muy abierta y que resulta complicado determinar la fecha en que cada uno de los afectados tuvo conocimiento de la violación alegada.⁵³¹ Partiendo de la complejidad de los derechos que nos ocupan, la Corte Suprema de la Nación argentina ha sostenido que:

(...) el plazo previsto en el artículo 2, inciso e, de la Ley núm. 16.986 no se aplica en el caso de amparos que versan sobre derechos de incidencia colectiva, ya que la tesis

530 Véase al respecto el voto salvado de nuestra autoría que aparece en la Sentencia TC/0243/15

531 Dado el hecho de que los titulares del derecho colectivo son los miembros de un sector organizado de la sociedad, resulta que cualquiera de los miembros de la organización de que se trate está legitimado para accionar, salvo que estatutariamente se haya delegado la representación del conjunto en una persona o en un órgano. En el caso de los intereses difusos, la situación es más complicada, toda vez que el los mismos recaen sobre un universo muy amplio. En la medida que los afectados por la violación a los intereses pueden ser los habitantes de una comunidad en su totalidad e inclusive los de un país.

contraria implicaría unificar al conjunto de los afectados bajo la singularidad del promotor de la acción. (Sagüés, 2009 pág. 486)

19.1.2.3 Naturaleza del plazo previsto para accionar en amparo

Otro aspecto que no es pacífico es el relativo a la naturaleza del plazo, ya que algunos autores plantean que se trata de un plazo de prescripción; mientras que otros entienden que es un plazo de caducidad. El debate tiene interés, sin dudas, porque quienes asumen que el plazo es de prescripción consideran que se trata de un asunto de interés privado y que, en consecuencia, el juez de amparo no puede declarar de oficio la inadmisibilidad fundada en esta causal.

En efecto, los partidarios de esta tesis consideran que por tratarse de un plazo de prescripción, el mismo es:

(...) de exclusivo interés privado, sometido además a las eventualidades de la interrupción de la cual no tiene el juez control previo por tratarse de un asunto de hecho, pues nótese que comienza a correr a partir del momento en que el agraviado se ha enterado, no de la fecha de actuación u omisión legítima (debería decir ilegítima) (Ureña y Jiménez, Pilar, 2006, pág. 285)

Respecto de las afirmaciones que anteceden, quisiéramos destacar que en nuestra tradición jurídica el término que utiliza el legislador, la jurisprudencia y la doctrina es, ciertamente, el de prescripción para referirse al plazo dentro del cual se debe incoar una acción.⁵³²

El hecho de que se trate de un plazo de prescripción no debe conducirnos a la conclusión de que es de puro interés privado y que, en consecuencia, impide al juez de amparo declarar de oficio

⁵³² Véase al respecto el artículo 2219 y siguientes del Código Civil dominicano.

la inadmisibilidad de la acción. En este sentido, cabe destacar que según el artículo 47 de la Ley núm. 834-78, el juez puede declarar inadmisibile de oficio una demanda fundamentado en la falta de interés.⁵³³ Esta disposición del derecho común puede ser aplicada en la materia que nos ocupa porque uno de los fundamentos de esta causal de inadmisibilidad es, precisamente, la falta de interés que se le atribuye a quien incoa una acción de amparo fuera de plazo, tal y como lo explicaremos en los párrafos que siguen.

19.1.2.4. Justificación de condicionar la admisibilidad de la acción de amparo a un plazo: principios de seguridad jurídica y división de poderes

Lo que sirve de fundamento al plazo de prescripción, según Morello, es el valor de la seguridad jurídica, el cual supone que los actos estatales estén revestidos de una cuota de estabilidad, sin la cual se generaría una incertidumbre sobre la eficacia de los pronunciamientos de la autoridad pública. (Sagüés, 2009 pág. 480).

La tesis anterior es también compartida por otra parte de la doctrina, la cual considera que:

(...) La acción de Amparo no puede ser interpuesta en cualquier momento, sino que siempre debe respetar sus presupuestos formales para velar por la seguridad jurídica, porque nadie se podría considerar seguro de un derecho que puede ser cuestionado a través de algún amparo".
(Maraniello, 2012 pág. 81).

Así, el plazo de prescripción también se fundamenta, según Morello, en el consentimiento, el cual opera cuando no se incoa

⁵³³ En el artículo 47 de la ley 834, de fecha 15 de febrero de 1978 se establece que: "Los medios de inadmisión deben ser invocados de oficio cuando tienen un carácter de orden público especialmente cuando resulten de la inobservancia de los plazos en los cuales deben ser ejercidas las vías de recurso".

la acción en el plazo previsto, quedando convalidados, de esta forma, los actos y omisiones de las personas públicas o privadas. (Sagüés, 2009 pág. 481).

Es importante destacar que este autor no solo fundamenta el establecimiento de un plazo para accionar en el valor seguridad jurídica, sino que, apoyándose en un criterio jurisprudencial, se sustenta en el principio de la división de poderes. (Maraniello, 2012 pág. 81). La violación al principio de división de poderes se destaca, además, en una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Entre Ríos, provincia de Argentina (Palacio, 2008, pág. 296). En esta decisión se sostiene que la admisión del amparo sin límites de tiempo implicaría la subordinación permanente del poder administrativo al Poder Judicial, con lo cual se desconoce el principio de la separación de poderes.

Como vemos, esta causal de inadmisibilidad, al igual que la existencia de otra vía eficaz, no constituye una simple formalidad, sino que se sustenta en valores y principios fundamentales del sistema, como lo es la división de poderes y la seguridad jurídica. La división de poderes se quiebra, en cierto modo, si los actos administrativos se mantienen bajo la amenaza de ser impugnados sin límite de tiempo, porque tal situación supondría que dichos actos pudieran ser anulados en cualquier momento por otro poder, en particular, por el Poder Judicial.

En torno a la afectación de la seguridad jurídica, la situación es clara y evidente, porque los beneficiarios de dichos actos administrativos (la propia Administración o un particular) viviría en una permanente incertidumbre si los mismos pudieran incoarse en la fecha que decida el presunto agraviado. Nos parece importante, por otra parte, no perder de vista que de un acto administrativo pueden derivarse derechos fundamentales, los cuales deben ser protegidos, de la misma forma que se protege el derecho invocado en un procedimiento de amparo.

Estando el plazo de prescripción de la acción de amparo fundamentado en dos valores tan esenciales para el Estado Social y Democrático de Derecho, como lo son la división de poderes y la seguridad jurídica, consideramos que lo que realmente generaría una situación de inconstitucionalidad es la inexistencia del referido plazo.

19.1.3 La notoria improcedencia de la acción de amparo

19.1.3.1. Relevancia de la casuística en esta materia

La tercera y última causal de inadmisibilidad prevista por el legislador es la notoria improcedencia. En efecto, según el artículo 70, inciso 3, de la Ley núm. 137-11, el juez puede declarar inadmisibile la acción *“cuando la petición sea notoriamente improcedente”*.

Esta causal de inadmisibilidad, al igual que la existencia de otra vía, requiere del tribunal una labor hermenéutica casuística, minuciosa, en el sentido de que en cada caso que se presente debe realizarse el examen y análisis correspondiente para determinar si la especie planteada es o no notoriamente improcedente.

Lo anterior nos indica la importancia particular que tiene el estudio de la jurisprudencia en este tema. Por esta razón, en esta parte del trabajo nos concentraremos en el análisis de las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional dominicano sobre la materia, sin prescindir, en todo caso, de la doctrina que ha abordado el tema.

La labor hermenéutica que debe realizar el tribunal para estar en condiciones de establecer la notoria improcedencia de la petición del accionante en amparo es considerada como *“crucial”*, en el entendido de que si bien al juez se le reconoce cierto nivel de discrecionalidad, en modo alguno se aprueba que actúe con arbitrariedad. (Jorge Prats, 2013 pág. 194). Dicho análisis debe

partir, según el mismo autor, del contenido del artículo 72 de la Constitución, que establece como objeto de la acción de amparo la protección de los derechos fundamentales distinto a la “libertad física”. (Jorge Prats, 2013 pág. 194)

Entre los casos de notoria improcedencia considerados ejemplos ilustrativos se mencionan la acción de amparo que tiene como finalidad la protección de la libertad física, en el entendido de que la Constitución establece de manera muy clara que la misma se reivindica vía la acción de *hábeas corpus*. En igual sentido, se admite que tiene esta característica la acción que tiene por objeto que las autoridades migratorias levanten un impedimento de salida contra un deportista que quiere asistir a una competencia internacional ya finalizada. (Jorge Prats, 2013 págs. 194-195)

Los casos mencionados por el autor constituyen ejemplos de peticiones notoriamente improcedentes, de suerte que responden a la previsión consagrada en el artículo 70, inciso 3, de la Ley núm. 137-11. En el primer ejemplo, la nota característica a resaltar es que el accionante pretende por la vía del amparo la protección de un derecho que está excluido, de manera expresa, del objeto de esta garantía, tanto por el constituyente como por el legislador.⁵³⁴ En el segundo, el derecho que se pretendía reivindicar, la libertad de tránsito, tenía una finalidad que desapareció antes de que el juez decidiera. En este último caso, podríamos estar en presencia de una carencia de objeto.

Sin pretensión de establecer una regla general, sino simplemente una guía que sirva de orientación para determinar los casos en los cuales la petición es notoriamente improcedente, nos parece que, por una parte, dicha característica se tipifica en todos los casos en que el objeto real de la acción no concierne a la protección de un derecho fundamental. Por otra parte, esta situación se presenta

534 Según el artículo la libertad física se protege vía el *hábeas data* y no vía la acción de amparo, en aplicación de lo previsto en el artículo 72 de la Constitución y el artículo 65 de la ley 137-11.

cuando lo que se busca con la acción, además de que no concierne a la reivindicación de un derecho fundamental, se trata de un asunto que por disposición expresa del legislador debe resolverse siguiendo un procedimiento distinto.

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional dominicano sobre la materia se ha orientado en la dirección indicada en el párrafo anterior, según se desprende del análisis que haremos en los párrafos que siguen, respecto de algunas sentencias.

En este orden, se ha considerado que la acción de amparo es notoriamente improcedente cuando la controversia concierne a la ejecución de un contrato, es decir, cuando la cuestión discutida no concierne a la protección de derechos fundamentales (TC/0242/14). En efecto, en la indicada sentencia se estableció lo siguiente:

b. En el presente caso, de lo que se trata es de un conflicto que se origina en ocasión de la ejecución de un contrato que tiene como objeto el suministro de energía eléctrica. Dicho conflicto consiste en que la empresa que presta el servicio se niega a instalar un nuevo contador a nombre del accionante, señor Ciprian Reyes, alegando que dicho señor le adeuda una suma de dinero de otro contrato que mantiene con dicha empresa.

d. Este tribunal constitucional considera que la acción de amparo que nos ocupa es inadmisibles, por ser notoriamente improcedente, en aplicación del artículo 70.3 de la indicada Ley núm. 137-11. La improcedencia radica en que la acción de amparo no fue prevista para resolver controversias que tienen la naturaleza indicada (ejecución de contrato), máxime cuando la misma parte accionante indica en su recurso que la referida cuestión está "(...) siendo seriamente discutido ante la cuarta (4ta.) sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional.

Igualmente, el Tribunal Constitucional consideró notoriamente improcedente una acción de amparo mediante la cual se pretendía la ejecución de una sentencia (TC/0405/14). Según se indica en la referida sentencia:

g. En relación con la ejecución de sentencias, el legislador ha proporcionado los mecanismos para la ejecución de las sentencias emitidas por un tribunal, por lo que no es necesario emitir otra decisión para ordenar su cumplimiento, es decir que un amparo, a estos fines, es notoriamente improcedente en aplicación a los artículos 70.3 y 108 de la referida Ley núm. 137-11.

Por demás, el Tribunal Constitucional declaró notoriamente improcedente una acción que tenía por objeto la anulación de una sentencia (TC/0041/15). En esta sentencia se estableció que:

d. Al analizar la Sentencia núm. 20120610, emitida por el Tribunal de Tierras de la Jurisdicción Original de San Pedro de Macorís el veinte (20) de septiembre de dos mil doce (2012), este tribunal comparte el criterio emitido en la misma, en el entendido de que la acción de amparo que se interpone contra una sentencia es notoriamente improcedente y, en consecuencia, la misma debe declararse inadmisibile, en virtud de lo que establece el artículo 70.3 de la referida Ley núm. 137-11.

De todos los casos en que el tribunal ha declarado la acción de amparo notoriamente improcedente, los más polémicos son los referidos a acciones de amparo contra sentencias. Sobre esta cuestión no abundaremos en esta parte del trabajo, en razón de que lo retomaremos en el apartado 19.4, titulado: “inadmisibilidad de la acción de amparo contra sentencia”.

19.1.3.2. *Fundamentos: evitar la desnaturalización de la acción de amparo y la anarquía del sistema de justicia*

Hechas las consideraciones anteriores sobre la notoria improcedencia de las acciones de amparo que pretenden la nulidad de una sentencia, procederemos a referirnos a los fundamentos de esta causal de inadmisibilidad. En este sentido, destacamos que entre esta causal y la existencia de otra vía judicial eficaz existe una estrecha vinculación, en la medida que ambas están orientadas a impedir la desnaturalización u ordinarización de la acción de amparo. De esta forma, estas buscan evitar el caos y la anarquía que puedan dar al traste con la administración de justicia.

Es por la razón anterior que es correcta la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional dominicano que tipifica como notoriamente improcedente la acción de amparo que pretende la nulidad de una sentencia, o la que pretende la ejecución de una sentencia o la ejecución de un contrato.

19.2 Causales de inadmisibilidad de origen pretoriano

El Tribunal Constitucional no solo declara inadmisibile la acción de amparo cuando está presente una de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 70 de la Ley núm. 137-11, sino, además, por otras causales, lo cual pudiera justificarse en el principio de autonomía procesal.

Cabe destacar, por otra parte, que normalmente el Tribunal Constitucional explica las razones por las cuales puede declarar inadmisibile una acción fundamentándose en causales distintas a las prevista en la ley, práctica que consideramos debe ser modificada.

En los párrafos que siguen nos referiremos a las indicadas causales.

19.2.1 Inadmisibilidad de la acción de amparo contra sentencia

La normativa que rige la materia no establece, como indicamos anteriormente, una relación de los actos no susceptibles de la acción de amparo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dominicano ha considerado, de manera reiterada, que la acción de amparo no es la vía para cuestionar las decisiones jurisdiccionales dictadas por los tribunales del Poder Judicial.

En este sentido, en la sentencia TC/0041/15, de fecha 23 de marzo, este tribunal estableció que:

Al analizar la Sentencia núm. 20120610, emitida por el Tribunal de Tierras de la Jurisdicción Original de San Pedro de Macorís el veinte (20) de septiembre de dos mil doce (2012), este tribunal comparte el criterio emitido en la misma, en el entendido de que la acción de amparo que se interpone contra una sentencia es notoriamente improcedente y, en consecuencia, la misma debe declararse inadmisibile, en virtud de lo que establece el artículo 70.3 de la referida Ley núm. 137-11.

En igual sentido se pronunció en la sentencia TC/0542/15, de fecha 2 de diciembre, en la cual se estableció que:

En el presente caso, la señora Roddy Johanka Tolentino Eusebio, por la vía del procedimiento sumario del amparo, pretende la nulidad de la Sentencia núm. 1982, dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de la provincia Santo Domingo el ocho (8) de marzo de dos mil trece (2013), con motivo del proceso de embargo inmobiliario y adjudicación a favor de la Asociación Cibao de Ahorros y Préstamos, de un inmueble otorgado en garantía mediante el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por la accionante y la mencionada entidad de intermediación financiera, el diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010).

En la especie se trató de una decisión que culmina, en primera instancia, un procedimiento ordinario de embargo inmobiliario abreviado, en virtud de la Ley núm. 6186, de Fomento Agrícola, del 12 de febrero de 1963, cuya impugnación debió ser objeto de los recursos de oposición y casación, habilitados a tales fines. Dicha situación convierte la acción en inadmisibles por ser notoriamente improcedente, conforme lo prevé el artículo 70.3 de la referida Ley núm. 137-11, lo cual resulta, entre otros casos, *“cuando la acción de amparo se interpone con la finalidad de proteger derechos subjetivos, cuya protección se garantiza adecuadamente mediante los procesos comunes por tratarse de un asunto de legalidad ordinaria”*.⁵³⁵

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece de manera expresa que las vías para cuestionar las decisiones jurisdiccionales de los tribunales del Poder Judicial son los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el derecho común y no la acción de amparo. Por otra parte, en esta sentencia se sostiene el criterio relativo a que una acción de amparo mediante la cual se pretende anular una sentencia es notoriamente improcedente, por lo cual debe declararse inadmisibles, en virtud de lo previsto en el artículo 70.3, de la Ley núm. 137-11.

Sin embargo, estamos en presencia de un tema que no es pacífico, sino que más bien los criterios doctrinales no son uniformes. En este sentido, la doctrina favorable a la viabilidad del amparo contra sentencia considera que el mismo procede:

(...) cuando el amparista no puede acudir a una vía judicial tan idónea y efectiva como el amparo para hacer cesar o suspender, amenaza o turbación de su derecho fundamental, cuando el acto jurisdiccional atacado en amparo es manifiestamente arbitrario, o cuando en realidad esconde una vía de hecho o ha sido dictada fuera de toda

535 Este criterio fue reiterado en las sentencias TC-0618-16, de fecha 25 de noviembre, TC-0083-17, de fecha 9 de febrero y en la TC-095-18, de fecha 27 de abril.

competencia o cuando de no corregirse de inmediato un acto jurisdiccional se producirían efectos irremediables en perjuicio del amparista. (Jorge Prats, 2013 pág. 179).

La necesidad del amparo contra sentencias viene justificada, según lo indica el autor citado, en el dato estadístico y sociológico que revela que:

(...) es el Poder Judicial uno de los poderes públicos que con mayor frecuencia viola los derechos fundamentales de las personas y es ahí el terrible dilema que enfrentamos los latinoamericanos: la justicia que se supone que es quien protege a las personas contra las violaciones a sus derechos, se convierte en sí misma en la perpetradora de los mayores abusos contra las personas que acuden ante ella solicitando justicia. Por eso, el amparo de los jueces contra los actos de los jueces es un mecanismo fundamental para enfrentar violaciones sistemáticas y continuas de los derechos fundamentales. (Jorge Prats, 2013 pág. 181).

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, se afirma que no existe ninguna justificación para prohibir el amparo contra sentencias, en el entendido de que, aunque los jueces están obligados a respetar el derecho de la Constitución, “(...) con bastante frecuencia lo violan, no de manera intencional, sino más bien por interpretaciones erróneas y aplicaciones indebidas”. (Hernández Valle, 2006 pág. 269).

Contrario a la tesis anterior, se sostiene que los vicios que afecten a una sentencia deben resolverse vía los recursos previstos en el derecho común y que el amparo debe reservarse para cuestionar sentencias que no sean susceptibles de recurso. (García Belaunde, 2001 págs. 163-164). En efecto, el indicado autor sostiene lo siguiente:

(...) contra las resoluciones finales de la Corte Suprema, ya que las emitidas por las instancias inferiores son susceptibles de corrección en la misma instancia o por el superior.

No obstante, si el litigio acaba en instancia inferior - con sentencia ejecutoriada y consentida - debe entenderse la procedencia del amparo contra esta última.

En esta misma línea de pensamiento, se considera que permitir que un juez de amparo revise lo decidido mediante sentencia por otro juez generaría anarquía e inseguridad jurídica (Lazzarini, 1987 pág. 525). En palabras de este autor:

El proceso jurisdiccional se encuentra ordenado por un procedimiento, de tal forma que las decisiones se van revisando de manera específicamente determinada y ordenada, lo que hace al valor seguridad y termina con una sentencia que tiene virtud de definitiva con vocación de pluralidad que se ha dado en llamar cosa juzgada. Si se admitiera que un juez acogiera una acción de amparo para revisar lo que otro magistrado está conociendo en ejercicio de su competencia, o lo ya resuelto con autoridad de cosa juzgada, o que se hiciera caso omiso de la forma en que se deben interponer los recursos, subvirtiendo las instancias y violando en consecuencia las previsiones legales el proceso jurisdiccional sería una anarquía, un desorden de inseguridad tal, que, terminaría con el Poder Judicial.

De lo expuesto anteriormente se advierte que la cuestión debatida no es pacífica. Quienes favorecen el amparo contra sentencias se fundamentan en que los jueces violan derechos fundamentales con frecuencia. Este argumento es incontestable, por la sencilla razón de que la sentencia es una obra humana y como tal puede adolecer de errores que conduzcan al desconocimiento o violación de los derechos fundamentales. La cuestión seriamente discutible es la concerniente a si los errores judiciales deben subsanarse vía el procedimiento sumario del amparo o vía los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el derecho común.

Coincido con los autores que plantean que permitir el cuestionamiento de una sentencia vía amparo generaría una situación de

anarquía que impediría al Poder Judicial cumplir con su función jurisdiccional y, en consecuencia, el derecho de acceso a la justicia quedaría vaciado de contenido. La vía natural para cuestionar las decisiones de los tribunales son los recursos ordinarios y los extraordinarios que se consagran en el ordenamiento.

Por otra parte, no podemos dejar de destacar que el diseño del amparo corresponde al legislador, por esta razón la posición que asumimos sobre la cuestión se sustenta en la normativa vigente. En este orden, quisiéramos volver sobre una idea que ya expusimos. Me refiero a que el amparo contra sentencia que se contempla en el ordenamiento dominicano es el previsto en el artículo 53.3 de la Ley núm. 137-11, es decir, el recurso de revisión constitucional contra las sentencias que violen derechos fundamentales.

Este recurso especial contra sentencias está previsto en el artículo 277 de la Constitución, texto que permite que el Tribunal Constitucional revise las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.⁵³⁶ Consideramos que dicho recurso es una especie de amparo contra sentencia, porque una de las causales de dicho recurso lo constituye la violación a un derecho fundamental, según se dispone en el artículo 53, inciso 3, de la Ley núm. 137-11.

19.2.2 Inadmisibilidad de una segunda acción de amparo

El legislador prohíbe, según el artículo 103 de la Ley núm. 137-11, una segunda acción de amparo. En efecto, según dicho texto *“Cuando la acción de amparo ha sido desestimada por el juez*

536 Según el artículo 277 de la Constitución *“Todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en ejercicio del control directo de la constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinadas por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia”.*

apoderado, no podrá llevarse nuevamente ante otro juez". De la lectura de esta disposición nos surgen dos cuestiones: ¿cuál es la sanción aplicable a una segunda acción? y, ¿qué debemos entender por desistimiento? Ambas cuestiones han recibido respuesta por parte del Tribunal Constitucional, mediante las sentencias que analizamos a continuación.

En la sentencia TC/0041/12, de fecha 13 de septiembre, estableció lo siguiente:

En ese sentido, se puede constatar que contra la mencionada sentencia núm. 101-2011, la señora Julia Brook Yan tenía abierta la vía para accionar en revisión de amparo por ante la Suprema Corte de Justicia, conforme a la disposición transitoria tercera de la Constitución de 2010; sin embargo, en vez de elegir la vía de marras, erróneamente interpuso, nueva vez, la acción de amparo, por ante la misma Cámara Penal del Tribunal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís. Esta jurisdicción, al emitir la aludida sentencia No.113-2011, contravino lo dispuesto en el artículo 103 de la referida Ley núm. 137-11, el cual establece que "cuando la acción de amparo ha sido desestimada por el juez apoderado, no podrá llevarse nuevamente ante otro juez.

Conforme el artículo citado, se configura la imposibilidad de accionar dos veces en amparo sobre el mismo caso, ante el mismo o cualquier otro juez o tribunal. Si bien dicha disposición no reglamenta de manera expresa la sanción que se deriva de dicho impedimento, este tribunal estima pertinente la aplicación al caso del principio de supletoriedad establecido en el artículo 7.12 de la referida Ley núm. 137-11; es decir, el criterio de las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa juzgada, toda vez que la señora Julia Brook Yan, tenía abierta la vía del recurso de revisión de amparo por ante la Suprema Corte de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, en la forma que ha sido expresado en el párrafo anterior.

En consecuencia, la Cámara Penal del Tribunal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Pedro de Macorís en su sentencia núm. 113-2011, debió declarar inadmisibles la acción de amparo interpuesta el 4 de noviembre de 2011.

En esta sentencia tribunal analizó el texto de referencia y advirtió que tenía una dificultad de orden procesal, consistente en que si bien consagraba una prohibición relativa a que no podía llevarse ante otro juez una acción de amparo previamente desestimada, no indicaba la sanción aplicable. Ante tal situación el tribunal vio varias alternativas: rechazar la acción, anularla o declararla inadmisibles, optando por la última de estas, es decir, la inadmisibilidad. El tribunal se fundamentó en la autoridad de la cosa juzgada, que es una de las causales prevista en el derecho común, en particular, en el artículo 44 de la Ley núm. 834, del 15 de julio de 1978.

Como se advierte, el Tribunal Constitucional resolvió el problema procesal que nos ocupa basado en un texto previsto en el derecho común, lo cual es viable en esta materia, aunque de manera excepcional, en aplicación del artículo 7.12 de la Ley núm. 137-11, tal y como se explica en la misma sentencia. En efecto, según el indicado texto:

Para la solución de toda imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad de esta ley, se aplicarán supletoriamente los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y sólo subsidiariamente las normas procesales a fines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.

Respecto de la segunda cuestión, es decir, que debemos entender como desestimación, en el caso resuelto, mediante la referida sentencia, la primera acción fue rechazada; mientras que la segunda fue acogida. En la síntesis del caso se afirma lo siguiente.

El tribunal en su primera sentencia, la No. 101-2011, rechazó la acción de amparo, pronunciándose en el sentido de que no fue demostrada la vulneración y conculcación del derecho fundamental; y, en su segunda sentencia No.113-2011, ordenó la devolución de la indicada suma de US\$80,340.00, fijó una astreinte de diez mil dólares (US\$10,000.00) diarios al Estado Dominicano en caso de incumplimiento. Esta última decisión recurrida en revisión por el Estado Dominicano.

De la lectura de los párrafos transcritos se advierte que la primera acción fue rechazada, de manera que en este caso el Tribunal Constitucional ha entendido que la noción “desestimación” equivale a rechazo de la acción de amparo. Sin embargo, en una sentencia posterior, específicamente, en la sentencia TC/0065/14, la primera acción fue declarada inadmisibile y la segunda acción fue declarada inadmisibile, en aplicación del referido artículo 103, la Ley núm. 137-11.

En efecto, en el párrafo 10.a de la indicada sentencia se establece, en referencia a la primera acción de amparo, lo siguiente:

Este tribunal constitucional ha podido constatar que, en fecha veintidós (22) de junio del año dos mil cinco (2005), el hoy recurrente introdujo una acción de amparo por ante la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo, el cual declaró dicha acción inadmisibile mediante la Sentencia núm. 060-2009, de fecha veinte (20) de julio del año dos mil nueve (2009).

De lo anterior resulta que el Tribunal Constitucional aplica el referido artículo 103, no solo cuando la primera acción de amparo es rechazada, sino también cuando la ha declarada inadmisibile. De manera tal que la noción “desestimación” es entendida como rechazo y como inadmisión.

19.2.3 *Inadmisibilidad de la acción de amparo de cumplimiento, cuando tiene por objeto la ejecución de la una sentencia*

El amparo de cumplimiento es uno de los amparos especiales previstos en los artículos 104 y siguientes de la Ley núm. 137-11, al cual nos referiremos en el capítulo 21 de esta obra, razón por la cual en este capítulo nos limitamos a analizar las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en las cuales se establece que esta modalidad de amparo es inadmisibles cuando tenga por objeto la ejecución de una sentencia.

En este orden, en la sentencia TC/0218/13, de 12 de noviembre, el Tribunal Constitucional estableció que:

El amparo de cumplimiento tiene como finalidad, según el artículo 104 de la Ley núm. 137-11, obtener del juez de amparo una decisión mediante la cual ordene a un funcionario o autoridad pública el cumplimiento de una norma legal, la ejecución o firma de un acto administrativo, dictar una resolución o un reglamento. Como se observa, entre los actos indicados en el artículo 104 no se incluye a las sentencias. Por otra parte, en el derecho común se establecen los mecanismos que permiten la ejecución de la sentencia, particularmente se prevén distintas modalidades de embargos a los cuales puede recurrir la accionante en amparo para garantizar los beneficios derivados de la decisión judicial de referencia. El Tribunal Constitucional considera, por las razones anteriormente expuestas, que procede rechazar el presente recurso de revisión constitucional en materia de amparo y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, aunque no por los motivos indicados en la misma, sino porque no procede el amparo de cumplimiento contra sentencias.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que no procede el amparo de cumplimiento que tiene como finalidad la ejecución de una sentencia. Dicho criterio se

fundamenta, por una parte, en que la sentencia no es uno de los actos previstos por el legislador en el artículo 104 de la Ley núm. 137-11. Compartimos este criterio ya que, según el referido texto, por la vía de esta modalidad de amparo solo puede requerirse que la autoridad correspondiente cumpla con una norma legal, un acto administrativo, o que “(...) firme o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento”. De manera que el legislador no faculta al juez de amparo a ordenar la ejecución de una sentencia dictada por uno de los tribunales del Poder Judicial.

Por otra parte, en la sentencia que comentamos, el tribunal destaca que los beneficiarios de una sentencia disponen de mecanismos que les permiten garantizar la ejecución de la misma. Entre estos mecanismos se menciona a los embargos. El criterio jurisprudencial objeto de análisis ha sido reiterado en decisiones posteriores⁵³⁷.

19.3 Consideraciones finales

La naturaleza del amparo la define el legislador de cada país. Esto es lo que explica la existencia de sistemas en los cuales la acción de amparo es subsidiaria, en la medida que solo procede cuando no existe otra vía judicial para la protección del derecho fundamental; así como de sistemas que consagran una modalidad de acción de amparo principal, cuya procedencia no está condicionada a que exista otra vía judicial.

La acción de amparo no puede ser principal si su admisibilidad está condicionada a que no exista otra vía, independiente de que el legislador se limite a exigirla pura y simplemente o que especifique que debe ser eficaz o más eficaz. Actualmente, nuestro sistema es subsidiario, aunque no siempre tuvo esta característica.

537 Véase al respecto las sentencias TC- 0313-14, de fecha 22 diciembre TC- 0033-15, de fecha 5 de mayo y TC- 0183-15, 14 de junio de fecha 22 diciembre, TC- 0584-15, de fecha 15 de julio

Ciertamente, ni la primera normativa sobre el procedimiento de amparo, es decir, la resolución dictada el 24 de febrero de 1999, ni la Ley núm. 437-06, de fecha 30 de noviembre, condicionaron la admisibilidad de la acción de amparo a que no existiera otra vía judicial eficaz. En la indicada resolución se establecía que la acción de amparo era inadmisibile cuando la misma fuere interpuesta 15 días después de la fecha en que el presunto agraviado tuvo conocimiento de la del acto o amenaza violatoria del derecho fundamental invocado. Por su parte, en el artículo 3 de la Ley núm. 437-06 se consagraban las siguientes causales de inadmisibilidad: a) Las acciones referentes a decisiones jurisdiccionales de los tribunales; b) Las acciones incoadas 30 días después de la fecha en que el agraviado tuvo conocimiento de la acción; c) Las acciones cuya petición fuere notoriamente improcedente y las acciones incoadas contra los actos que ordenen la suspensión de garantías ciudadanas estipuladas en el artículo 37, inciso 7, o en el artículo 55, inciso 7, de la Constitución de la República vigente para la fecha.

El amparo se configura como un instituto procesal subsidiario a partir de la vigente Ley núm. 137-11, publicada el 15 de junio. En efecto, según el artículo 70, inciso 1 de la referida ley, el juez puede declarar inadmisibile la acción de amparo: *“Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado”*.

Como se advierte, el legislador dominicano, a diferencia del constituyente argentino, no exige que la otra vía sea más efectiva, sino que sea eficaz. De manera que estamos en presencia de un mandato expreso e inequívoco del legislador, por lo cual no hay lugar a pretender que la otra vía tiene que ser más eficaz.

En este mismo sentido, nos permitimos destacar que el diseño de amparo más viable es el que actualmente tenemos vigente, ya que condicionar la acción de amparo a que exista otra vía más eficaz o estructurarlo de manera principal, implica vaciar de contenido

los procedimientos ordinarios y, en consecuencia, trastornar el normal funcionamiento del sistema de justicia.

La inviabilidad de un diseño que contemple un amparo subsidiario, pero que exija que la otra vía judicial sea más efectiva o que lo conciba como un amparo principal ha quedado demostrada en la experiencia argentina. A pesar de que el artículo 43 de la Constitución de ese país exige que la otra vía sea más efectiva, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que una vía que sea eficaz reúne las condiciones para desplazar o sustituir la acción de amparo.

Expuestas las consideraciones anteriores sobre la naturaleza de la acción de amparo, en los párrafos que siguen nos referiremos a los fundamentos de las causales de inadmisibilidad, cuestión que constituye el objeto central de este trabajo. En lo que concierne a la primera causal de inadmisibilidad, es decir, la existencia de otra vía eficaz, nos referiremos primero a los elementos que toma en cuenta el Tribunal Constitucional dominicano para establecer que se tipifica la indicada causal y, en segundo lugar, trataremos lo relativo a los fundamentos.

La línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional dominicano se orienta en el sentido de que el presupuesto de la existencia de la otra vía es que la cuestión planteada concierna a un conflicto sobre derechos fundamentales, es decir, que el objeto real de la acción sea la protección de un derecho fundamental. Establecido el presupuesto anterior, se debe analizar la naturaleza del conflicto y, en caso de que el mismo tenga un nivel de complejidad significativo, la vía eficaz será el procedimiento ordinario que corresponda de acuerdo a la materia de que se trate.

Una cuestión importante, también destacada por el tribunal, es que el juez de amparo no puede limitarse a indicar que existe otra vía eficaz, sino que debe especificarla de manera precisa e inequívoca. No menos relevante es la obligación que tiene el tribunal

de amparo de explicar las razones por las cuales la vía judicial identificada es eficaz.

El conflicto relativo a amenaza o violación de un derecho fundamental que, por su naturaleza, tiene una complejidad significativa debe resolverse siguiendo un procedimiento ordinario porque este ofrece la posibilidad de agotar adecuadamente la actividad probatoria pertinente y resolver el caso conforme a derecho. Sin embargo, lo anterior solo resuelve uno de los aspectos que deben tomarse en cuenta para calificar de eficaz una vía judicial, quedando sin solucionarse el segundo de los aspectos, que es la celeridad.

Un conflicto sobre amenaza o violación de derechos fundamentales debe decidirse con urgencia, lo cual no se logra siguiendo los procedimientos ordinarios, en los cuales las partes y el juez requiere de tiempo para cumplir con el rol que tienen en el proceso. Lo anterior es lo que ha llevado a una parte de la doctrina a considerar necesario que la vía judicial ordinaria sea combinada con una medida cautelar.

El Tribunal Constitucional dominicano ha hecho suya esta doctrina y, en este sentido, ha establecido que para que una determinada vía judicial sea eficaz, el juez que conoce de la misma debe estar habilitado para dictar medidas cautelares, para evitar que el accionante sufra un perjuicio irreparable.

En torno a los fundamentos de esta causal, consideramos, tal y como lo explicamos en el desarrollo del trabajo, que el carácter subsidiario del amparo constituye una garantía para el equilibrio del sistema de administración de justicia. Este último no pudiera funcionar adecuadamente si el juez de amparo tuviera que conocer todos los conflictos relativos a amenazas o violaciones a derechos fundamentales. Por otra parte, el carácter subsidiario del amparo permite, igualmente, la observación de las garantías del debido proceso y, en particular, el ejercicio del derecho de defensa.

Respecto de la exigencia consistente en que la acción de amparo sea incoada dentro de un plazo de 60 días, contados a partir de la fecha en que el presunto agraviado tuvo conocimiento de la omisión o de la acción generadora del perjuicio invocado, esta se fundamenta en el principio de la seguridad jurídica y de la división de poderes. En lo que concierne a la seguridad jurídica, la misma resultaría seriamente debilitada si los actos de la Administración Pública o los de los particulares pudieran ser cuestionados de manera eterna, ya que, en tales condiciones, nunca adquirirían certeza.

La división de poderes, principio esencial en que descansa la democracia, supone que cada uno de los poderes debe ejercer sus prerrogativas de manera eficaz. Dicho presupuesto no se cumple si uno de los poderes puede dejar sin efectos los actos de los otros, sin que se tome en cuenta la fecha en que se dictó el acto administrativo de que se trate. Esto no significa que los actos de la Administración Pública no estén sometidos a control jurisdiccional, sino que, en aras de preservar el referido principio, dicho control debe ejercerse dentro de un plazo razonable.

La última de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 70 de la Ley núm. 137-11, es decir, la notoria improcedencia de la petición que constituye el objeto del amparo. Esta tiene como finalidad evitar que casos que no conciernan a conflictos de derechos fundamentales sean conocidos siguiendo este procedimiento sumario. En este orden, de lo que se trata es de impedir la desnaturalización de esta garantía y, en consecuencia, asegurar que el sistema de justicia funcione adecuadamente y cumpla con el rol que le asigna el constituyente.

En relación a las causales de inadmisibilidad pretorianas se desarrollaron tres vertientes. La primera de ellas es la referente a la prohibición de la acción de amparo contra sentencia y su fundamento radica en que la vía natural para cuestionar las decisiones de los tribunales del Poder Judicial son los recursos ordinarios y

extraordinarios. Además, se basa en que en el actuar sistema de justicia constitucional dominicano se consagra una modalidad de amparo contra sentencia, que es el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales, previsto en el artículo 277 de Constitución y regulado en los artículos 53 y siguientes de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

En efecto, el artículo 53 de la referida Ley núm. 137-11 consagra tres causales para que proceda el recurso de revisión constitucional, las cuales son las siguientes: cuando la decisión declare inaplicable una ley por inconstitucional, cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional y cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental y se cumplan los requisitos previsto por la ley, entre los cuales se encuentra el relativo a que se hayan agotado todos los recursos previstos en el derecho común.

Dicho recurso puede considerarse una modalidad de amparo contra sentencia, cuando se fundamenta en la última causal, es decir, en la violación a un derecho fundamental. Se trata, sin dudas, de un mecanismo de gran importancia, ya que permite sancionar las vías de hecho o arbitrariedades en que incurran los jueces del Poder Judicial, sin entorpecer ni anarquizar el normal desarrollo del sistema de justicia, porque la admisibilidad del referido recurso está condicionada a que, entre otros requisitos, se hayan agotados los recursos previstos en el derecho común.

La segunda causal de inadmisibilidad pretoriana es la prohibición de una segunda acción de amparo que tenga las mismas partes, objeto y causa que otra acción que haya sido decidido por el juez de amparo. Esta tiene como finalidad evitar que los accionantes que no hayan obtenido ganancia de causa puedan continuar accionando indefinidamente. De no existir esta prohibición la acción de amparo se desnaturalizaría y, además, los actos administrativos y los actos privados no llegarían a adquirir certeza. En definitiva, la seguridad jurídica resultaría seriamente lesionada.

La tercera causal de inadmisibilidad pretoriana, prohibición de la acción de amparo de cumplimiento para ejecutar una sentencia, se fundamenta en que la ley que rige este amparo especial establece que el mismo fue previsto para garantizar el cumplimiento de la ley, el acto administrativo, el reglamento y la resolución; no así para el cumplimiento de la sentencia, para cuya ejecución el derecho común consagra mecanismos idóneos.

CAPÍTULO 20. Los amparos especiales

Hermógenes Bienvenido Acosta

El capítulo VII de la Ley núm. 137-11 se dedica a los amparos particulares y en el mismo se regulan el amparo de cumplimiento, artículos 104 al 111; el amparo colectivo, artículos 112 al 113, y el amparo electoral, artículo 114.

Los referidos amparos serán denominados especiales en este trabajo. Por otra parte, incluimos en esta categoría de amparo al hábeas corpus y al hábeas data, porque entendemos que también son amparos especiales y, en este sentido, debieron contemplarse en el referido capítulo II y no en artículos dispersos.⁵³⁸ También incluimos en esta categoría de amparos al recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, por considerarlo una modalidad de amparo contra sentencia, cuando el mismo se fundamenta en la violación a un derecho fundamental.⁵³⁹

538 El habeas corpus está previsto en el artículo 63 y el hábeas data en el artículo 64, Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

539 El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales está previsto en el artículo 277 de la Constitución y regulado en los artículos 53 y siguiente de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales. Una de las causales de este recurso es, según el artículo 53.3 de dicha ley, la violación a un derecho fundamental.

20.1. El hábeas corpus

20.1.1. Regulación de la acción de hábeas corpus

El hábeas corpus es un amparo especial previsto para proteger la libertad personal de amenazas o privación arbitraria de la misma. Es la garantía de mayor raigambre en nuestro ordenamiento ya que se considera que la primera norma que la consagró fue la orden militar número 4 de 1900, posteriormente fue consagrada en la Ley núm. 5353 de 1914. A nivel constitucional se consagra en la Constitución de 1955.⁵⁴⁰

Actualmente se contempla en el artículo 71 de la Constitución y en los artículos 381 al 393 del Código Procesal Penal. De manera inexplicable este amparo especial no está regulado en la Ley núm. 137-11, a pesar de que es un proceso constitucional y dicha ley es denominada, precisamente, “Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales”.

Según el artículo 71 de la Constitución:

Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a la una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por si misma o de quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de manera efectiva, sencilla rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.

De la lectura del texto constitucional transcrito se advierte que el hábeas corpus es una garantía prevista para darle respuesta a la amenaza o la privación de la libertad. Por otra parte, el constituyente delegó en el legislador el procedimiento de esta garantía, sin embargo, dejó trazadas las líneas generales, en la medida que

540 Pedro Balbuena, La Constitución comentada, Fundameción Institucionalidad y Justicia, INC, Edición al cuidado de Carlos Villaverde Gómez y Félix Tena, Santo Domingo República Dominicana, 2011, pp. 167-168

estableció, de manera expresa, que dicho procedimiento debe ser sencillo, rápido, sumario y, además, que puede ser incoado por la víctima o por otra persona que actúe en su nombre.

Una cuestión de gran relevancia es que de la exégesis del texto constitucional de referencia se advierten dos supuestos en que procede el hábeas corpus: cuando se produce la privación de la libertad de manera ilegal o arbitraria o cuando se produce una amenaza de privación de libertad. En el primer caso se configura una modalidad de hábeas corpus reparador y en el segundo, una modalidad de hábeas corpus preventivo.⁵⁴¹

Por otra parte, el hábeas corpus no solo es procedente cuando la privación de libertad es ilegal, sino también, cuando es arbitraria. Esto es importante, porque se pueden presentar situaciones en las cuales la prisión sea legal, por haberse observado los procedimientos legales y, sin embargo, ser arbitraria por estar prohibida por la ley.⁵⁴² . Un ejemplo que puede ilustrar la hipótesis anterior, lo constituye el hecho de privar de libertad a un ciudadano, siguiendo los procedimientos legales, pero por una infracción que está sancionada con una pena distinta.

20.1.2. Procedimiento de hábeas corpus

El constituyente delegó en el legislador ordinario el establecimiento del procedimiento relativo al hábeas corpus, indicándole que el mismo debía ser eficaz, sencillo, rápido y sumario. Siguiendo estas directrices, el legislador diseñó un procedimiento que satisface dichas características, en la medida de que de la exégesis de los artículos 381 al 382 del Código Procesal Penal se advierte que el mismo es extremadamente informal y, además, consagra mecanismos que crean las condiciones para que el juez pueda actuar con efectividad.

541 Pedro Balbuena, IBIDEM, p. 169

542 Pedro Balbuena, IBIDEM, pp. 169-170

En este orden, la solicitud del mandamiento de hábeas corpus puede hacerse mediante una instancia o mediante declaración en la secretaría.⁵⁴³ Dicha solicitud debe indicar el nombre del solicitante y el nombre del funcionario o particular que tiene la guarda del detenido; así como el lugar donde se encuentra detenido el agraviado. Por último, debe explicarse las razones tendientes a demostrarle al juez que la prisión es ilegal o arbitraria; así como la inexistencia de recursos ordinarios viables para resolver la alegada vulneración y la imposibilidad de revisar la medida de coerción.⁵⁴⁴

En lo que respecta al carácter sumario, el legislador faculta al juez o tribunal a requerir la presencia del privado de libertad y dictar mandamiento de hábeas corpus, ordenando la libertad o rechazando la solicitud desde el momento que la recibe. Puede, sin embargo, ordenar la fijación de audiencia, dentro de un plazo breve de cuarenta y ocho horas (48). Cuando opta por esta alternativa debe decidir inmediatamente después de haber instruido el proceso, lo cual comprende escuchar al funcionario o particular responsable, a los testigos, así como valorar los documentos y los hechos.⁵⁴⁵

En lo que concierne a los mecanismos previstos para que esta garantía sea eficaz, destacamos que el mandamiento de hábeas corpus es ejecutorio de manera inmediata, es decir, desde el momento que el funcionario o particular responsable de la prisión lo recibe.⁵⁴⁶ En este sentido, el funcionario o particular que no presenta a la persona privada de libertad se hace pasible de una orden de captura expedida por el juez o tribunal.⁵⁴⁷ Por otra parte, el funcionario o particular que se niegue a acatar la orden de libertad se hace reo de encierro ilegal y puede ser perseguido penalmente, sin perjuicio de las condenas civiles. Respecto del

543 Artículo 382 del Código Procesal Penal

544 Artículo 382 del Código Procesal Penal

545 Artículos 383 y 386 del Código Procesal Penal

546 Artículo 384 del Código Procesal Penal

547 Artículo 385 del Código Procesal Penal

funcionario público procede, igualmente, la destitución⁵⁴⁸. Una sanción igual a la anterior es aplicada en caso de ocultamiento o secuestro de la persona favorecida con la orden de libertad.⁵⁴⁹

Hay un último mecanismo que va en la dirección de la eficiencia del hábeas corpus, me refiero a que el Estado es solidariamente responsable de las condenas civiles impuestas al funcionario que se ha negado a presentar al privado de libertad, o se niega a ponerlo en libertad.⁵⁵⁰

No cabe dudas de que los mecanismos indicados en los párrafos anteriores constituyen elementos que crean una situación favorable para la eficacia del amparo especial que nos ocupa. Esto se debe a que el legislador pone a disposición del juez de hábeas corpus herramientas mediante las cuales puede constreñir a los funcionarios responsables de garantizar la libertad de las personas. El hecho de que juez pueda privar de libertad a un funcionario o a un particular, así como destituir al primero, hace del hábeas corpus una garantía viable. Mecanismos como estos deben consagrarse en las demás modalidades de amparo que existen en nuestro ordenamiento, ya que, mediante estas también se protegen derechos fundamentales.

20.1.3. Recursos contra el mandamiento de hábeas corpus

La decisión dictada en materia de hábeas corpus que rechace la solicitud o que deniegue la libertad es susceptible del recurso de apelación.⁵⁵¹ Lo decidido por el tribunal de apelación sería, a su vez, susceptible de casación cuando dicha corte rechaza el recurso, toda vez que tal decisión estaría poniendo fin al

548 Artículo 387 del Código Procesal Penal

549 Artículo 388 del Código Procesal Penal

550 Artículo 390 del Código Procesal Penal

551 Artículo 386 del Código Procesal Penal, modificado por el artículo 92 de la Ley 10-15, de fecha 6 de febrero

proceso.⁵⁵² Una cuestión que nos parece interesante es la relativa a si la decisión de casación que rechaza el recurso puede ser recurrida ante el Tribunal Constitucional. Aunque reconocemos este puede ser un tema discutible, entendemos que tratándose de una sentencia no recurrible ante el Poder Judicial y que desapodera a este, no existe ninguna razón para cerrar la revisión constitucional.

Adviértase que el legislador solo hace referencia a las sentencias que rechazan la solicitud o deniegan la libertad, lo cual implica que la apelación no procede cuando se ordena la libertad. El recurso de casación tampoco procedería cuando la sentencia rechaza la solicitud de hábeas corpus o deniega la libertad, ya que uno de los requisitos de este recurso es que la sentencia haya sido dictada por la Corte de Apelación, lo cual no se cumpliría en la hipótesis planteada, en la medida que el juez de hábeas corpus es de primera instancia.

Sin embargo, la referida sentencia tendría abierto el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, previsto en el artículo 277 de la Constitución y 53 y siguientes la Ley núm. 137-11⁵⁵³, por tratarse de una decisión carente de recursos en el ámbito del Poder Judicial.

20.2. Hábeas data

El hábeas data está previsto en el artículo 70 de la Constitución, cuyo contenido es el siguiente:

Toda persona tiene derecho a una acción 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

552 Artículo 125 del Código Procesal Penal

553 Según el artículo 53 de la ley 137-11, el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales procede cuando se alega la violación a un precedente del Tribunal Constitucional, cuando se ha inaplicado una ley, porque se considera inconstitucional y cuando se alega la violación de un derecho fundamental.

de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación o actualización y confidencialidad de aquellos, conforme a la ley. No podrá afectar el secreto de la fuente de información periodística.

Esta modalidad de amparo tiene como objetivo garantizar, por una parte, que el titular de los datos personales que se encuentran en un registro o banco público o privado pueda tener acceso a los mismos y, por otra parte, exigir, en caso de advertir falsedad o discriminación, la suspensión, rectificación o actualización y confidencialidad de dichos actos.

Algunos autores consideran que esta garantía tutela el derecho a la privacidad, el honor, la imagen, la reputación, la identidad y, en definitiva, el derecho a la intimidad.⁵⁵⁴ Sin embargo, otros entienden que lo que se protege es el derecho de autodeterminación informativa, es decir, la capacidad o el derecho que tiene cada persona a decidir las cosas que hacen públicas.⁵⁵⁵

El derecho del titular del derecho a acceder a sus datos personales tiene un límite, según se consagra en la parte final del texto constitucional, que consiste en que no puede afectarse la fuente de la información periodística. Se plantea aquí, sin dudas, un conflicto con el derecho a la información de los periodistas.⁵⁵⁶

El procedimiento aplicable en esta modalidad especial de amparo es el mismo que se prevé para el amparo ordinario, por disposición expresa del legislador. En efecto, en la parte final del artículo 64 de la Ley núm. 137-11 se establece que "(...) *La acción de hábeas data se rige por el régimen procesal común del amparo.*"

554 Osvaldo Alfredo Gozaini, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, citado por Pedro Balbuena, IBIDEM, p. 165

555 Domingo García Belaunde, Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, Temis, 2001, citado por Pedro Balbuena, IBIDEM, p. 166

556 Pedro Balbuena, IBIDEM, p. 166

20.3 El amparo de cumplimiento

20.3.1. *Finalidad de la acción de amparo de cumplimiento*

La finalidad del amparo de cumplimiento es, por una parte, lograr que el juez de amparo ordene a un funcionario público que cumpla con una ley o con un acto administrativo y, por otra parte, exigir a un funcionario público que firme o se pronuncie cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.⁵⁵⁷

De lo anterior se advierte una diferencia importante con el amparo ordinario y los demás amparos especiales, la cual consiste en que la finalidad no es la protección de un derecho fundamental en particular, lo cual no descarta que del incumplimiento de una ley o de un acto administrativo se derive la violación de un derecho fundamental. De ahí que se considere que esta modalidad de amparo tiene como objetivo “(...) asegurar la fuerza normativa de la Constitución (...)”⁵⁵⁸

20.3.2. *La legitimación para incoar la acción de amparo de cumplimiento*

La acción puede interponerla cualquier persona afectada en sus derechos, cuando tenga como finalidad el cumplimiento de una ley o de un reglamento, y por el defensor del pueblo y cualquier persona cuando se trate de la defensa de derechos colectivos y del medio ambiente o intereses difusos o colectivos.⁵⁵⁹ En cambio, cuando se trate del cumplimiento de un acto administrativo, solo está legitimada la persona a favor de quien

557 Artículo 104 ley 137-11

558 Eduardo Jorge Prats, Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales, IUSNOVUM, Impresora Amigo del Hogar, Santo Domingo, República Dominicana, 2011, p. 192

559 Artículo 105 de la ley 137-11

se expidió o la persona que invoque interés en el cumplimiento del deber omitido.⁵⁶⁰

Por ende, la apertura de la legitimación es muy amplia, siempre y cuando no se trate de un acto, eventualidad en la cual solo puede accionar la persona que invoque interés en el cumplimiento de este. Esta apertura, cuando no se trate de un acto administrativo, se explica en el hecho de que en estos casos está involucrado el interés general. Sobre la idea del interés general, vuelve a insistir el legislador en el artículo 109, de la Ley núm. 137-11, texto en el cual se establece que en esta materia el desistimiento solo se admite cuando el objeto de la acción sea un acto administrativo.

En lo que concierne a la legitimación pasiva, la acción debe dirigirse contra la autoridad o funcionario público de la Administración que esté en falta.⁵⁶¹ De manera que se trata de una acción que no procede contra un particular. Conviene que nos planteemos, sin embargo, la siguiente interrogante, ¿procede esta modalidad de amparo contra una persona moral de derecho privado a la cual el Estado le haya delegado la prestación de un servicio público? Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa, porque de alguna manera la persona moral de derecho privado está ejerciendo, por delegación, una potestad pública.

20.3.3. Requisito de admisibilidad de la acción de amparo de cumplimiento

La acción de amparo de cumplimiento debe estar precedida de una intimación. Entre esta intimación y la acción de amparo debe existir un plazo de quince (15) días; mientras que entre el vencimiento de dicho plazo y la acción debe existir un plazo

560 Artículo 105 de la ley 137

561 Artículo 106 de la ley 137-11

no mayor de sesenta (60).⁵⁶² De lo anterior resulta que la procedencia de la referida acción está condicionada a que, por una parte, se realice la referida intimación y, por otra parte, que sean respetados los señalados plazos.

La finalidad de la intimación es dar la oportunidad de que el órgano de la Administración Pública enmiende la omisión que se le imputa o explique las razones en que justifica dicha omisión. En este sentido, el contenido de la intimación debe ser lo suficientemente completo y específico para que el titular o responsable del órgano conozca la omisión que se le imputa y esté en condiciones de promover las correcciones que correspondan. Por otra parte, conviene que en el acto de intimación se indique el plazo previsto para que el funcionario esté en condiciones de cumplir con su obligación en los términos previstos en la ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que el hecho de que en el acto de intimación se otorgue un plazo menor al previsto por la ley no genera una sanción procesal, siempre y cuando la acción se haya incoado después de transcurrir los quince (15) días.

En efecto, en la sentencia TC/0378/17 se indica que:

Cabe destacar que el plazo otorgado en la intimación de referencia fue de diez (10) días y no de quince (15) días, como lo establece la ley. Sin embargo, tal irregularidad fue subsanada, en la medida que el apoderamiento del juez de amparo se produjo el diecisiete (17) de abril de dos mil quince (2015), es decir, después de haber transcurrido más de quince (15) días de la puesta en mora y menos de sesenta (60) días de la fecha indicada. De manera que en la especie se ha dado cabal cumplimiento al requisito procesal previsto en el artículo 107 de la Ley núm. 137-11.

Es importante destacar que solo en esta modalidad de amparo se exige la intimación previa a incoar la acción, lo cual se explica, sin

562 Artículo 107, de la ley 137-11

dudas, por el hecho de que el demandado es la Administración Pública y el legislador tiene interés en darle la oportunidad de que evite la concretización de la acción. De manera que estamos en presencia de una figura que guarda similitud con el requisito del *“agotamiento previo de la vía administrativa”*.⁵⁶³ Tal vez esta similitud es lo que explica que el legislador haya establecido en el párrafo II, del artículo 107 que *“No será necesario agotar la vía administrativa que pudieren existir”*.

En lo que concierne al plazo para accionar, este es de sesenta (60) días y comienza a correr a partir de la fecha que vencen los quince (15) días de la intimación. Como se advierte, estamos en presencia de un plazo similar al que se prevé para la acción de amparo ordinario.⁵⁶⁴ Con la sola diferencia de que el punto de partida es, en este último caso, la fecha en que se tiene conocimiento del hecho o la omisión generadora de la alegada vulneración.

20.3.4. Improcedencia de la acción de amparo de cumplimiento

Los casos de improcedencia del amparo de cumplimiento están previstos en el artículo 108 de la Ley núm. 137-11, en el cual se establece que:

No procede el amparo de cumplimiento: a) Contra el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal Superior Electoral. b) Contra el Senado o la Cámara de Diputados para exigir la aprobación de una ley; c) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de hábeas corpus, el hábeas data o cualquier otra acción de amparo; d) Cuando se interpone

563 En el artículo 51 de la Ley 107-13, sobre los derechos de las personas en su relación con la Administración Pública y Procedimientos Administrativos, se establece que el agotamiento de los recursos administrativos es facultativo.

564 En el artículo 70.2, de la Ley núm.137-11 se establece que la acción de amparo es inadmisiblesino se incoa en un plazo de 60 días, contados a partir de la fecha en que la víctima tuvo conocimiento del hecho o de la omisión generadora de la vulneración alegada.

con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo; e) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario; f) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso de conflicto de competencias; g) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la reclamación previa, previsto por el Artículo 107 de la presente ley.

De la exégesis del texto transcrito se advierte que la acción de amparo de cumplimiento no procede: a) contra las instituciones que de manera expresa se indican en dicho texto; b) cuando el derecho esté protegido por otra de las modalidades de amparo previstas por la ley; c) cuando el hecho configure un conflicto de competencia; y d) cuando lo que se pretenda con la acción de amparo sea obligar a una institución a ejercer una facultad discrecional.

Las instituciones contra las cuales no procede esta modalidad de amparo son el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal Superior Electoral; así como el Senado y la Cámara de Diputados, en este último caso se especifica que dicha improcedencia solo aplica cuando se pretenda exigir la aprobación de una ley. Esta última especificación nos parece muy atinada, en la medida que no sería razonable y viable que un juez de amparo ordene al Congreso la aprobación de una ley debido a que para lograr la referida aprobación debe agotarse un proceso complejo regido por la Constitución y los reglamentos internos de dicha institución.

De manera que consideramos positivo el hecho de que la prohibición del amparo de cumplimiento respecto del Congreso Nacional no haya sido general, sino parcial, pues lo contrario hubiera sido dejar sin control las omisiones en las cuales incurriere esta institución en los casos distintos al proceso de aprobación de las leyes. Entendemos, igualmente, que debió valorarse la posibilidad de limitar la improcedencia del amparo de cumplimiento también respecto del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal Superior Electoral, ya que considero difícil de justificar,

por ejemplo, la improcedencia de un amparo que interpongan empleados de una de estas instituciones, fundamentados en el hecho de que no se firma o implementan un reglamento interno de las mismas.

Respecto de los demás casos de improcedencia, entendemos que su justificación es muy obvia, toda vez que si se trata de potestades discrecionales no puede pretenderse que un juez de amparo obligue al funcionario de que se trate a cumplir con la misma. Igualmente, consideramos que se justifica la improcedencia de la acción si el derecho involucrado está protegido por otra modalidad de amparo o cuando de lo que se trata es de un conflicto de competencia, eventualidad para la cual existe un procedimiento específico.

20.4 El amparo colectivo

El objeto de este amparo especial es la protección de los denominados derechos colectivos; así como del medio ambiente y de los intereses colectivos y difusos. Se trata de derechos que no pertenecen a una persona en particular, razón por la cual se prevé una legitimación activa totalmente abierta; por ende, cualquier persona puede accionar en esta modalidad de amparo.⁵⁶⁵

Como la legitimación activa es tan abierta, en relación a una misma violación se puede presentar más de una acción de amparo colectivo. Consciente de esta realidad, el legislador estableció que:

*En caso de diversos amparos colectivos, el primero de ellos produce litispendencia respecto de los demás amparos que tengan por causa una controversia sobre determinado bien jurídico, aún cuando sean diferentes los reclamantes y el objeto de sus demandas.*⁵⁶⁶

565 Artículo 112 de la ley 137-11

566 Artículo 113 de la ley 137-11

Se trata de una previsión procesal que evitará incidentes innecesarios y que, en consecuencia, es muy pertinente, porque considerar que el primero de los amparos produce litispendencia supone que los posteriores se adherirán al expediente ya formado y que se resolverán mediante una sola sentencia. Esto constituye, sin duda, una aplicación certera del principio de economía procesal, ya que si para cada acción de amparo se formara un expediente distinto, se produciría un dispendio de recursos.

Finalmente, consideramos importante no confundir el interés difuso con el interés colectivo, ya que el primero, por un lado, es de carácter individual, pero a su vez está diluido en un conjunto más o menos extenso y amorfo de personas que comparten un interés y, en consecuencia, reciben un beneficio o un perjuicio actual o potencial, más o menos igual para todos. Por otro lado, el segundo, el interés colectivo, corresponde a un grupo de personas identificable.⁵⁶⁷

20.5 El amparo electoral

Esta modalidad de amparo está lacónicamente reglamentada en la ley. El legislador solo le dedicó el artículo 114, texto que define lo relativo a la competencia. En este sentido, se establece que el Tribunal Superior Electoral es el competente para conocer de las violaciones en el orden electoral, salvo en lo que concierne a elecciones gremiales, de asociaciones profesionales o de cualquier tipo de entidad no partidaria, casos en los cuales se puede recurrir ante el juez de amparo ordinario.

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, se advierte que la Ley núm. 137-11 concentra la competencia en el Tribunal

567 Véase Fernando Castillo Viquez, Reflexiones sobre el Control de Constitucionalidad en Costa Rica. Las cuestiones de constitucionalidad, Tesis doctoral, San José, Costa Rica, 2002, Universidad Libre de Costa Rica. Citado por Hermógenes Acosta de los Santos, El Control de Constitucionalidad como garantía de la Supremacía de la Constitución, Univesidad APEC, Santo Domingo, República Dominicana, 2010, pp. 134-136

Superior Electoral, lo cual puede generar serias dificultades en la práctica, porque las situaciones que se presenten el mismo día de las elecciones y que requieran de una respuesta inmediata no podrán solucionarse, en la medida que el referido tribunal es único en el país y tiene su establecimiento en la capital de la República.⁵⁶⁸

Consideramos que lo razonable es que la competencia del Tribunal Superior Electoral en materia de amparo se limite a conocer las violaciones a los derechos fundamentales que ocurran a lo interno de los partidos políticos. Entendemos, en consecuencia, que el legislador incurrió en un grave error al concentrar el amparo electoral ante el Tribunal Superior Electoral, porque no es congruente con la naturaleza del amparo electoral relativo al derecho al voto. Esta modalidad de amparo electoral, más que las otras modalidades, no tiene sentido si el ciudadano no cuenta con un órgano cercano y de fácil acceso, cuando tenga que defender su derecho al voto.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su oportunidad deberá interpretar el alcance del artículo 114 de la Ley núm. 137-11 y establecer que la competencia del Tribunal Superior Electoral se limita a las violaciones a derechos fundamentales que se puedan producir en ocasión de conflictos entre partidos o entre estos y sus integrantes, y que en caso de violación al derecho a elegir ocasionado en un proceso electoral nacional, provincial, municipal o a lo interno de un partido, se aplica el artículo 111 de la ley electoral.

Una exégesis como la propuesta en el párrafo anterior sería coherente con el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y con el artículo 72 de la Constitución.

568 Según los artículos 114 y 115 de la Constitución el Tribunal Superior Electoral está integrado por cinco jueces y conocerá de lo contencioso electoral y los conflictos internos de los partidos políticos.

20.6. El amparo contra sentencia: el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales

20.6.1. Las causas del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales

El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales está consagrado en el artículo 277 de la Constitución, texto conforme al cual el Tribunal Constitucional puede revisar las sentencias que no hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada antes de la proclamación de la Constitución de 2010. Un aspecto importante es que el constituyente excluye de manera especial a las sentencias que haya dictado la Suprema Corte de Justicia en materia de acción directa de inconstitucionalidad.

Las causas en las cuales debe fundamentarse el recurso son las siguientes: cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza; viole un precedente del Tribunal Constitucional o cuando se haya producido una violación a un derecho fundamental.⁵⁶⁹

En lo que respecta a la última causal, la procedencia del recurso está condicionada a que se cumpla con los presupuestos procesales que se indican a continuación: que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto se haya tenido conocimiento de la violación; que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada; 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, sobre los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar y, finalmente, que exista relevancia constitucional.⁵⁷⁰

569 Artículo 53 de la ley 137-11

570 Artículo 53 de la ley 137-11

La primera de las causales tiene como finalidad garantizar la uniformidad de la jurisprudencia constitucional, cuestión que tiene una importancia trascendental en nuestro sistema de justicia constitucional, en razón de que el control concentrado coexiste con el control difuso. De manera que la correcta aplicación de este mecanismo permitirá superar la debilidad que acusa el modelo difuso de control de constitucionalidad, consistente en la inseguridad jurídica que genera a consecuencia de que las sentencias dictadas en esta materia tienen efecto relativo, lo cual implica que solo es aplicable al caso concreto, por lo que la norma se mantiene en el ordenamiento jurídico y otro juez del sistema pudiera aplicarla.

La segunda de las causales tiene como finalidad garantizar la eficacia del carácter vinculante de las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional, en la medida que éste puede anular las decisiones que se dicte al margen de sus precedentes.

La tercera y última causal tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales de las partes en un proceso, cuando las garantías previstas en el ámbito del Poder Judicial no hayan funcionado. De manera que lo que se pretende con este recurso es sancionar las vías de hecho y las arbitrariedades cometidas por un órgano del Poder Judicial, mediante una sentencia que resuelve de manera definitiva e irrevocable un conflicto. En este sentido, consideramos que el recurso de revisión que nos ocupa se constituye, cuando tiene la finalidad indicada, en un verdadero amparo contra sentencia.

Este recurso tiene una similitud con el recurso extraordinario federal de agravio previsto en el sistema argentino, en la medida que procede contra sentencias dictadas por los tribunales superiores y lo conoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵⁷¹ También este recurso es considerado como una especie de amparo contra sentencia.

571 El Recurso Extraordinario Federal está regulado, fundamentalmente, por el artículo 14 de la Ley 48, del año 1863.

En este sentido, se afirma que el recurso extraordinario federal se torna como el último camino procesal para cuestionar una sentencia no susceptible de otro recurso, o una sentencia contra la cual se agotaron los recursos previstos y mediante la cual se violaron derechos o garantías. (Rivas, 2008 pág. 321). Este mismo autor sostiene que el trámite previsto para el recurso extraordinario federal es sencillo y ligero, en la medida que no admite apertura a prueba, lo cual considera como una "(...) característica que permiten catalogarlo como una verdadera modalidad de amparo".

Esta modalidad de amparo se considera como:

una solución válida, en cuanto el justiciable tiene en el propio proceso, los remedios necesarios para evitar la ilegalidad y la arbitrariedad del juzgador; precisamente, es el proceso el que le brinda un particular remedio, para protegerlo de tales supuestos. (Rivas, 2008 pág. 322).

De manera que, para este autor, las eventuales arbitrariedades que pueda cometer un órgano judicial no deben resolverse vía el amparo ordinario, sino acudiendo al recurso extraordinario federal, en tanto que es la modalidad de amparo contra sentencia que contempla el sistema de justicia argentino.

Comparto la tesis desarrollada por la autor, relativa a la necesidad de una vía diferente al amparo que permita la corrección de los eventuales errores judiciales, y considero viable su aplicación en el sistema dominicano. Como ya lo hemos indicado, el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales es una modalidad de amparo contra sentencias que permite, al igual que el recurso extraordinario federal argentino, anular las sentencias que violan derechos fundamentales de una de las partes en el proceso. Como se advierte, el referido recurso tiene la misma finalidad del amparo ordinario, con la ventaja de que se puede implementar sin entorpecer el normal desarrollo de los procesos ordinarios.

Ciertamente, la grave dificultad que tiene la utilización del amparo ordinario para anular sentencias es que disloca el normal desenvolvimiento del proceso que se sigue en materia civil, penal, laboral o en cualquier otra materia. Esto se debe a que su implementación supondría que lo decidido en cualquiera de las materias indicadas pueda ser revisado por otro tribunal de primera instancia, siguiendo un procedimiento sumario y, peor aún, que lo decidido por una Corte de Apelación pueda ser cuestionado por un tribunal de menor jerarquía. Esto no es compatible con la lógica del sistema de recursos que descansa en el principio del doble grado de jurisdicción y en el principio de la jerarquía.

El sistema pone a disposición de las partes como regla general, recursos que permiten acudir ante un juez de mayor grado para que revise si se apreciaron correctamente los hechos, así como si se interpretó adecuadamente el derecho. Además del derecho que tienen las partes, a recurrir ante un tribunal superior para que revise de nuevo los hechos y el derecho aplicable, también tiene la posibilidad de recurrir en casación para que se haga un examen estrictamente de derecho.

Estamos conscientes de que el agotamiento de los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico no constituye una garantía perfecta y que pueden dictarse sentencias violatorias de derechos fundamentales. De ahí la pertinencia de que el Tribunal Constitucional pueda actuar, vía el recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales, como una especie de jurisdicción de amparo y sancionar con la nulidad las sentencias arbitrarias e ilegales que conculquen derechos fundamentales.

20.6.2. El procedimiento

En lo que respecta al procedimiento, lo primero que queremos destacar es que de la interpretación conjunta de los numerales 5 y 7 del artículo 54 de la Ley núm. 137-11, resulta que es necesario dictar dos sentencias en relación a cada recurso: la primera,

para decidir sobre la admisibilidad y, la segunda, para resolver el fondo, esta última solo es necesaria, obviamente, cuando se declara admisible el recurso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que era conveniente, para garantizar el principio de celeridad y de economía procesal, que ambos aspectos se resolvieran mediante una sola sentencia, sin perjuicio de que la sentencia contenga motivaciones respecto de la admisibilidad y del fondo.⁵⁷²

La solución adoptada por el Tribunal Constitucional nos parece correcta, ya que satisface el requerimiento del legislador que consiste en que en todos los casos primero se analice la admisibilidad del recurso y luego el fondo, requerimiento que puede cumplirse, como lo entendió el tribunal, sin necesidad de dictar dos sentencias.

Siguiendo con el procedimiento, el recurso debe interponerse en un plazo de treinta días mediante escrito motivado que se deposita en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia objeto del mismo. Mientras que el plazo de cinco días, contados a partir del referido depósito, el recurso se debe notificar al recurrido, quien dispone de treinta días para depositar el escrito de defensa y de cinco días para notificarlo.⁵⁷³ Esta última notificación, es decir, la del escrito de defensa, carece de utilidad práctica, en razón de que no se contempla la posibilidad de que el recurrente deposite un escrito de réplica.

Por otra parte, advertimos que no se indica a cargo de quién está la responsabilidad de notificar el recurso y el escrito de defensa; en torno a esta cuestión el Tribunal Constitucional estableció que tratándose *"(...) de un recurso de revisión constitucional y, en consecuencia, de orden público, es de rigor que dicha actuación procesal la realice la secretaria del tribunal que dictó la sentencia recurrida."*⁵⁷⁴

572 Véase sentencia TC/0038/12 del 13 de septiembre.

573 Artículo 54 incisos 1,2 y 3 de la Ley 137-11

574 Véase sentencia TC/0038/12 de 13 de septiembre.

20.6.3. Requisitos de admisibilidad

El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales es muy excepcional, por esta razón el legislador establece requisitos de admisibilidad muy estrictos. En efecto, la sentencia recurrida debe haber adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada y el caso revisado en las distintas instancias del Poder Judicial, lo cual implica en agotamiento de los recursos previstos en el derecho común. Por otra parte, es necesario invocar la violación y esta debe ser imputable al órgano judicial. Finalmente, el recurso debe tener especial trascendencia o relevancia constitucional.⁵⁷⁵

En los párrafos que siguen nos referiremos a cada uno de dichos requisitos, para lo cual lo dividiremos en dos grupos: los de alcance general y los de alcance particular.

20.6.3.1. Requisitos generales de admisibilidad

El recurso de revisión constitucional de revisiones jurisdiccionales está condicionado, independientemente de la causal que le sirva de fundamento, a que la sentencia objeto del mismo haya adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha en que fue proclamada la Constitución que instauró el Tribunal Constitucional.⁵⁷⁶ Pero no basta que la sentencia tenga el carácter indicado, sino que es necesario que se hayan agotado los recursos previstos en el derecho común.⁵⁷⁷

Ciertamente, una sentencia adquiere la autoridad irrevocable de la cosa juzgada cuando no es susceptible de recurso, sea porque los mismos se ejercieron o sea porque transcurrieron los plazos previstos por el legislador. En la primera hipótesis el recurso de revisión sería admisible, no así en la segunda, porque en tal caso

575 Artículo 277, de la Constitución y artículo 53 de la Ley 137-11

576 Artículo 277 de la Constitución

577 Artículo 53.3.b, Ley 137-11

los órganos del Poder Judicial no habrían tenido la oportunidad de subsanar las violaciones invocadas, cuestión esencial en esta materia, en la medida que el Tribunal Constitucional carecería de legitimación para anular una sentencia en tales condiciones.

El recurso de revisión constitucional es un mecanismo previsto por el constituyente para sancionar, anulando la sentencia, las violaciones cometidas por los órganos judiciales, pero la aplicación de esta sanción no sería razonable, si el órgano sancionado no ha tenido la oportunidad de subsanar la violación que se le imputa.

Respecto de que la sentencia debe haber adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, consideramos que se trata de una previsión que, por una parte, está inspirada en el principio de la seguridad jurídica y, por otra parte, en el principio de irretroactividad de la ley⁵⁷⁸. Los derechos consagrados en una sentencia con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada se convierten en derechos adquiridos, lo cual implica que no pueden ser objeto de cuestionamiento mediante un recurso consagrado con posterioridad a la fecha en que la decisión adquirió dicho carácter.

En lo que concierne al agotamiento de los recursos previstos en el derecho común, se trata de un requisito que permite a los órganos judiciales de mayor jerarquía subsanar las irregularidades cometidas por el órgano inferior y de esta forma evitar que el caso llegue al Tribunal Constitucional. Sin embargo, conviene destacar que cuando la violación es cometida por una de las salas o por el pleno de la Suprema Corte de Justicia, no existe posibilidad de que dicha violación sea corregida en el ámbito del Poder Judicial.

578 En el artículo 110 de la Constitución se establece que “La ley solo dispone y se aplica para el porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

En principio, deben agotarse todos los recursos previstos en el ámbito del Poder Judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que solo deben ejercerse los recursos ordinarios, no así los extraordinarios. En efecto, en la sentencia TC/0604/15, dictada en fecha 15 de marzo se estableció lo siguiente:

De manera que el agotamiento de dichos recursos extraordinarios solo debe exigirse como requisito de admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, cuando este último se fundamenta en una de las causales de admisibilidad de la revisión civil o cuando del estudio del expediente se advierte que existía una de dichas causas.⁵⁷⁹

De la lectura del párrafo anterior se advierte que los recursos extraordinarios solo deben agotarse cuando esté presente una de las causales previstas para que dichos recursos sean admisibles. Se trata de una tesis correcta, ya que carecería de razonabilidad obligar a una parte a agotar el recurso de revisión civil, el de revisión penal o la tercería en aquellos casos en que los mismos no proceden.

Por último, es de carácter general el requisito relativo a que el recurso debe interponerse en un plazo de 30 días, contado a partir de la fecha de notificación de la sentencia objeto del recurso.⁵⁸⁰

20.6.3.2. Requisitos particulares de admisibilidad

Los requisitos de admisibilidad restantes, es decir, la necesidad de invocar la violación, que la violación sea imputable al órgano judicial y que el recurso tenga especial trascendencia o relevancia constitucional, solo aplican cuando el recurso se fundamenta en la alegada violación a un derecho fundamental.

579 El criterio anterior fue reiterado en las sentencias TC-0074-16, de fecha 17 de diciembre y en la TC-0135-17, de fecha 15 de marzo.

580 Artículo 54.1, de la Ley núm. 137-11.

La invocación del derecho alegadamente violado ante el Poder Judicial tiene como finalidad darle la oportunidad al órgano judicial de que se trate de que subsane dicha violación. Mientras que la lógica del segundo de los requisitos radica en que no se le puede reprochar al órgano judicial una violación que no ha cometido.

En lo que concierne a la especial trascendencia o relevancia constitucional, entendemos que se trata de una condición de admisibilidad que está vinculada a la naturaleza del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales, cuando este tiene como causal la violación de un derecho fundamental; tal y como lo establece de manera expresa el legislador.⁵⁸¹

Para el Tribunal Constitucional la noción de especial trascendencia o relevancia constitucional existe cuando se configuran, entre otros, los supuestos siguientes:

- 1) que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento; 2) que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados; 3) que permitan al Tribunal Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales; 4) que introduzcan respecto a estos últimos un problema jurídico de trascendencia social, política o económica cuya solución favorezca en el mantenimiento de la supremacía constitucional.

De la exégesis de esta decisión se advierte, que estamos en presencia de un requisito que está orientado a evitar que el Tribunal Constitucional se ocupe solo de aquellos casos que revisten importancia en el orden de la interpretación de la Constitución y

581 Artículo 53.3, párrafo, de la ley 137-11

de los derechos fundamentales, lo cual se justifica dado el carácter excepcionalísimo de este recurso, tal y como ya lo expusimos en otra parte de este trabajo, a la cual nos remitimos. (Véase 21.2.1.4)

Finalmente debemos aclarar que la sentencia de referencia fue dictada con ocasión de un recurso de revisión de sentencia de amparo y no de revisión constitucional de decisión jurisdiccional, que es el que nos ocupa, razón por la cual el texto interpretado fue el artículo 100 de la Ley núm. 137-11 y no el párrafo del artículo 53.3., de la misma ley. Sin embargo, el precedente es aplicable en la especie, porque ambos textos se refieren a la especial trascendencia o relevancia constitucional.

20.6.4. Efectos del recurso

Este recurso no tiene efectos suspensivos, pero el Tribunal Constitucional tiene facultad para ordenar la suspensión a pedimento de parte.⁵⁸² Sobre esta cuestión el legislador fue muy lacónico, en la medida que es un solo texto el que se refiere a la misma. En este orden, la ley acusa importantes imprevisiones, en particular nada se establece respecto de la notificación de la demanda en suspensión ni en lo concerniente a la posibilidad de que el demandado pueda depositar escrito de defensa.

Ante tales imprevisiones, el Tribunal Constitucional completó el procedimiento, fundamentado en el principio de autonomía procesal. En efecto, en la sentencia TC/0039/12, dictada el 13 de septiembre, el tribunal reivindicó el derecho del demandado a conocer y defenderse de la demanda en suspensión. Igualmente, puso a cargo del secretario del Tribunal Constitucional la notificación de la referida demanda en suspensión, en un plazo de 3 días contados a partir de la fecha del depósito de la misma; mientras que le concedió al demandado 5 días, contados a partir de dicha

582 Artículo 54 de la Ley 137-11.

notificación, para que deposite en la secretaria del tribunal el escrito de defensa.

20.6.5. Contenido de la sentencia que resuelve el recurso

El Tribunal Constitucional puede, con ocasión del conocimiento del recurso de revisión que nos ocupa, declarar inadmisibles el mismo si considera que no se satisfacen los requisitos de admisibilidad previsto por el legislador. Esto puede suceder si no se hizo dentro del plazo previsto, no se invocó la violación alegada, no se agotan los recursos previstos en el ordenamiento o la violación no le es imputable al órgano judicial. Además de los referidos requisitos, el recurso debe tener, a pena de inadmisión, especial trascendencia o relevancia constitucional.⁵⁸³

Cuando se satisfacen estos requisitos, el tribunal debe avocarse a conocer el fondo del recurso y, en esta eventualidad, puede rechazar o acoger el mismo. Cuando el recurso se acoge, la sentencia objeto del mismo se anula y el expediente se devuelve a la secretaria del tribunal que la dictó, con la finalidad de que este último vuelva a conocer del caso y enmiende los vicios advertido por el Tribunal Constitucional.⁵⁸⁴

583 Párrafo del artículo 53 de la ley 137-11

584 Artículos 54.9 y 54.10, de la ley 137-11.

CAPÍTULO 21.

La sentencia de amparo y las vías de recursos

Hermógenes Bienvenido Acosta

21.1 La sentencia

Respecto de la sentencia trataremos las cuestiones siguientes: la motivación, el carácter de autoridad de cosa juzgada, la posibilidad de condenar en costas y lo relativo a su eficacia.

21.1.1 Motivación de la sentencia

Los jueces tienen la obligación de motivar su decisión en todas las materias. En la materia de amparo el legislador estableció esta obligación de manera expresa en el artículo 84 de la Ley núm. 137-11, texto según el cual: *“Una vez el asunto quede en estado de recibir fallo, el juez deberá rendir su decisión el mismo día de la audiencia en dispositivo y disponer de un plazo de hasta cinco días para motivarla”*.

En el texto que se transcribe queda claramente establecida la obligación que tiene el juez de motivar su sentencia, aunque en dicho texto no se trazan pautas respecto de la forma en que debe llevarse a cabo esta tarea, pues tales lineamientos se consagran en el artículo 88 de la misma ley, de cuyo análisis nos ocuparemos luego.

La motivación de una sentencia es una labor intelectual que requiere de un tiempo, pero, por otra parte, en materia de amparo urge que el juez decida de manera rápida. Esto es lo que explica que en el texto de referencia se permita resolver en dispositivo la acción y postergar la motivación durante un tiempo no mayor de cinco días. La motivación o los razonamientos que expone el juez para justificar lo decidido constituye la esencia de la sentencia; en ausencia de dicho elemento, lo decidido no puede considerarse sentencia, más bien se configuraría una verdadera arbitrariedad, con lo cual no solo se deslegitima el juez, sino también el sistema de justicia.

Ahora bien, ¿qué debe hacer el juez de amparo para lograr motivar adecuadamente su decisión? La respuesta nos la da el legislador en el artículo 88 de la Ley núm. 137-11. Según este texto: *“La sentencia emitida por el juez podrá acoger la reclamación de amparo o desestimarla, según resulte pertinente, a partir de una adecuada instrucción del proceso y una valoración racional y lógica de los elementos de prueba sometidos a debate”*.

Como se aprecia, de la lectura del texto anteriormente transcrito, una buena motivación de la sentencia supone instruir, adecuadamente, el proceso; así como valorar racional y lógicamente los elementos de pruebas sometidos al debate. Lo anterior evidencia que el legislador dominicano optó por el sistema de la sana crítica, es decir, que el juez está facultado para hacer una valoración libre y discrecional de los medios de prueba, lo cual no le da la potestad de actuar con arbitrariedad.⁵⁸⁵

21.1.2 Contenido del dispositivo de la sentencia

El contenido de una sentencia puede variar dependiendo de la materia de que se trate. En la materia que nos ocupa, el artículo

585 Eduardo Jorge Prast, Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, IUSNOVUM, Santo Domingo, República Dominicana, 2013, p.216

110 de la Ley núm. 137-11 señala el contenido del dispositivo. En efecto, en este texto se consagra lo siguiente:

La sentencia que declara fundada la demanda debe contener: a) La determinación de la obligación incumplida. b) La orden y la descripción precisa de la acción a cumplir. c) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, atendiendo en cada caso a la naturaleza de la acción que deba ser cumplida. d) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

Según lo transcrito anteriormente, lo que exige el legislador al juez de amparo es, básicamente, que describa la conducta reprochable en que ha incurrido el demandado, así como la acción que este debe realizar para enmendar la violación en que incurrió. El juez de amparo debe, igualmente, establecer el plazo perentorio dentro del cual se debe cumplir lo decidido y, finalmente, ordenar al funcionario competente que realice las investigaciones que fueren pertinente para establecer las responsabilidades penales y civiles, cuando la conducta del demandado lo amerite. Este último elemento puede considerarse inoperante en la práctica, ya que los jueces no lo incluyen en sus sentencias.

Un análisis global de los elementos que integran la sentencia nos revela que la intención del legislador es garantizar la efectividad de la sentencia al momento de ejecutarla, esto es lo que explica, particularmente, que se exija la descripción de la conducta reprochable, así como la acción que debe cumplirse.

21.1.3 Ejecución de la sentencia

En lo que respecta a la ejecución de la sentencia, la Ley núm. 137-11 faculta al juez a fijar astreinte para garantizar el cumplimiento de lo decidido⁵⁸⁶; mediante este mecanismo se pretende

⁵⁸⁶ Artículo 93 de la Ley 137-11.

constreñir a quien no cumple voluntariamente el mandato indicado en la sentencia. La mencionada ley, sin embargo, acusa una falla consistente en que no identifica al destinatario de la misma. En este orden, resulta importante destacar que los tribunales dominicanos, tradicionalmente, benefician con la astreinte a la parte que ha obtenido ganancia de causa, a pesar de que tampoco en el derecho común existe una disposición que justifique dicha tradición.

La indicada práctica no toma en cuenta la naturaleza de la astreinte. En efecto, para estar en condiciones de determinar quién debe ser el destinatario de la sanción pecuniaria que nos ocupa, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que cuando no se ejecuta una sentencia la ofendida es la sociedad que ve impotente y frustrada como lo decidido por un órgano de uno de los poderes del Estado no es cumplido. Se debe considerar, en segundo lugar, que el perjuicio que pueda sufrir la parte que ha obtenido ganancia de causa con el retardo en la ejecución de la sentencia se subsana mediante otros mecanismos. Tomando en cuenta los indicados elementos, el Tribunal Constitucional decidió distanciarse de la práctica generalizada en nuestros tribunales y beneficiar con la astreinte a una institución pública dedicada a la protección de la niñez y la adolescencia.⁵⁸⁷

En efecto, en la sentencia TC/0048/12, de fecha 8 de octubre, el tribunal estableció que:

La naturaleza de la astreinte es la de una sanción pecuniaria, que no la de una indemnización por daños y perjuicios, por lo que su eventual liquidación no debería favorecer al agraviado; Toda vulneración a la Constitución y a un derecho fundamental, así como toda violación a una decisión de este órgano constitucional, genera un daño social, a cuya reparación el Tribunal podría contribuir; Aunque en nuestro país no hay tradición en tal sentido, el Tribunal

587 Véase sentencia TC-0048/12, del 8 octubre.

podría, en efecto, imponer astreintes cuya liquidación vaya en provecho de la sociedad, como hacen en otras latitudes en favor y a través del fisco y del sistema judicial;

Lamentablemente, el referido precedente fue modificado de manera muy significativa, mediante la sentencia TC/0438/17, en la que se estableció que:

- h. En este orden de ideas, cuando el juez disponga que la astreinte beneficie al agraviado, no lo hará con el ánimo de otorgarle una compensación en daños y perjuicios o para generarle un enriquecimiento, sino con el propósito específico de constreñir al agravante al cumplimiento de la decisión dictada. Este criterio obedece a que, de otro modo, el accionante que ha sido beneficiado por un amparo resultaría directamente perjudicado por el incumplimiento de la decisión emitida en contra del agravante; inferencia que se aviene con el principio de relatividad de las sentencias de amparo y la naturaleza inter-partes de sus efectos. Fundado en estos razonamientos y aplicándolos al caso que nos ocupa, el Tribunal Constitucional decide fijar el astreinte de que se trata en contra de la parte accionada y a favor de la parte accionante. i. En cuanto a los astreintes fijados en beneficio de instituciones de sin fines de lucro, este colegiado estima que podrían aplicarse cuando se albergue el propósito de restaurar un daño social “como en el caso de los amparos incoados para demandar respeto a los derechos colectivos y difusos”; o en aquellas decisiones con efectos inter communis, o sea, en las cuales la afectación detectada no solo incumbe a los accionantes, sino a todo un conjunto de personas que se encuentran en circunstancias análogas a estos últimos y a las que, en consecuencia, también afecta o concierne el objeto de lo decidido.

Según el nuevo precedente, la parte que obtiene ganancia de causa debe ser la beneficiaria de la astreinte. Respecto de las

instituciones sin fines de lucro se deja abierta la posibilidad de que sean beneficiaras cuando se trate de amparo colectivo o difuso.

Por otra parte, conviene destacar que aunque el legislador dominicano solo contempló la astreinte como mecanismo de constreñimiento, en el derecho comparado existen sistemas de justicia que prevén otras sanciones para garantizar la efectividad de la decisión jurisdiccional, como requerir la destitución del funcionario que se resiste a cumplir con lo decidido por el juez de amparo.⁵⁸⁸ Este mecanismo resulta más eficaz que la astreinte, ya que, difícilmente un funcionario público desconocería la orden de un juez si dicho incumplimiento pusiere en riesgo la estabilidad de su cargo o función.

El mecanismo de constreñimiento indicado en el párrafo anterior debería implementarse en materia de amparo, tal y como ya existe para la materia de hábeas corpus, tal y como lo explicamos anteriormente (20.1.3).

21.2 Los recursos

La sentencia dictada por el juez de amparo es susceptible del recurso de revisión constitucional; así como de la tercera.⁵⁸⁹ En relación a ambos recursos abordaremos los aspectos siguientes: la naturaleza, las formalidades y los requisitos de admisibilidad.

588 En el sistema costarricense, la Sala Constitucional puede solicitar al superior jerárquico abrir procedimiento disciplinario contra el funcionario que ha incumplido una orden suya. Si el superior jerárquico también incumple se puede solicitar abrir proceso disciplinario en su contra. (Véase Rubén Hernández Valle. El recurso de amparo en Costa Rica.pag. 303). En el sistema mexicano, la Suprema Corte de Justicia puede destituir a un funcionario que desacata una decisión del juez de amparo. Por otra parte, en los casos que la naturaleza del derecho violado lo permita, el juez de amparo, luego de comprobada la inejecución de la sentencia, puede trasladarse al lugar de la ejecución para exigir el cumplimiento. Igualmente, el funcionario que se niega a ejecutar la sentencia he traducido a la justicia penal. (Véase Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El derecho de amparo en México, pp.502-508. Trabajo publicado en la obra colectiva titulada El amparo en el Mundo, bajo la coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung, México 2006

589 Artículo 94 de la ley 137-11

21.2.1 El recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo

21.2.1.1 Tribunal Competente. Quórum para deliberar y decidir⁵⁹⁰

La revisión constitucional la conoce el Tribunal Constitucional, por mandato expreso del artículo 94 de la Ley núm. 137-11. Esta competencia no es de orden constitucional sino legal, ya que entre las atribuciones del Tribunal Constitucional previstas en la Constitución no se encuentra la materia de amparo.

En efecto, según el artículo 185 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de la acción directa en inconstitucionalidad, del control preventivo de los tratados internacionales, antes de ser ratificado por el congreso, de los conflictos entre poderes y de cualquier otra materia que le asigne la ley.

El legislador ordinario, fundamentado en la parte final del indicado artículo 185, le atribuyó competencia al Tribunal Constitucional para conocer de la revisión constitucional de las sentencias dictada por el juez de amparo. Esta atribución de competencia es muy atinada porque el Tribunal Constitucional está en mejores condiciones de garantizar la protección de los derechos fundamentales que un tribunal ordinario, ya que se trata de una jurisdicción especializada. (Art. 94 de la Ley núm. 137-11).

Según el artículo 186 de la Constitución, el Tribunal Constitucional está compuesto por trece miembros y las decisiones se toman por un mínimo de nueve. La exigencia del quórum agravado se justifica, según Jorge Prats, por el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y por la necesidad de que las decisiones constitucionales sean tomadas por consenso. En efecto, el referido autor sostiene que:

590 Una parte de este tema fue publicado en la *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 3, Año 3, 2018, pp. 16-31.

(...) la mayoría calificada hace sentido si partimos de la presunción de constitucionalidad de las leyes, objeto del control de constitucionalidad por antonomasia en el modelo de control concentrado en manos de un Tribunal Constitucional: a fin de cuentas, 9 jueces constitucionales pueden derogar lo que un Congreso Nacional de más de doscientos representantes de la voluntad popular aprobó como norma obligatoria. Esta mayoría, asimismo, obliga a que se forme un consenso al interior del colegio constitucional y a que las decisiones no sean fruto de una mayoría intensa o de una mayoría coyuntural.⁵⁹¹

En cambio, Néstor Pedro Sagüés⁵⁹² considera, refiriéndose al artículo 4 de la Ley núm. 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú, texto que guarda relación con el mencionado artículo 186, ya que establecía que de los siete integrantes de dicho tribunal se requieren 6 votos para acoger una acción en inconstitucionalidad y en su defecto la acción se declarará infundada, que:

Dicho quórum hipercalificado vulnera los poderes implícitos de un órgano del Estado, como es el Tribunal Constitucional, para funcionar de modo razonable e importa una invasión del legislador, desde luego que inconstitucional, a las competencias propias de dicho tribunal. En definitiva, convierte a contrario sensu a un órgano-control, como es por su naturaleza el Tribunal Constitucional, en un órgano convalidador de normas inconstitucionales.

591 Eduardo Jorge Prats, Derecho Constitucional, volumen I, p.453, tercera edición, editora jusnovum, Santo Domingo, República Dominicana.

592 Nestor Pedro Sagues, «Los desafíos del derecho procesal constitucional, página 513. Este trabajo aparece publicado en el tomo I de la quinta edición de una obra colectiva coordinada por Eduardo Ferreer titulada Derecho Procesal Constitucional, Editora Porrúa, México 2006. En el sistema peruano se requieren en la actualidad 5 de siete votos para decidir las cuestiones relativas a las acciones de inconstitucionalidad . . Cesar Landa Arroyo, Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional: Entre el Derecho y la Política, p.157, Paletra Editores, Lima, 2011. Citado por Hermógenes Acosta de los Santos, "Los defectos de orden normativos del sistema de Justicia Constitucional", Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, No. 3, Año 3, Santo Domingo República Dominicana, 2018, p.

La reflexión de Sagüés es aplicable a la realidad dominicana, aunque el quórum exigido en nuestra Constitución no es tan agravado como el que existía en el sistema peruano, sobre todo cuando se trata de la acción de amparo, mecanismo que debe ser sencillo y ágil, por mandato expreso del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Exigir un quórum de nueve votos de trece, en la práctica dificultará la toma de decisiones a lo interno del Tribunal, ya que bastaría que cinco de trece no estén de acuerdo para que no haya sentencia.

El requisito del quórum agravado, unido al de la *“especial trascendencia o relevancia constitucional”*, en la práctica cierran el recurso de revisión constitucional, con lo cual en la realidad la protección de los derechos fundamentales en nuestro país depende exclusivamente, en cierta medida, de un juez unipersonal. Este sistema de protección no satisface las previsiones que sobre la materia se consagran en la mencionada Convención ni es coherente con el modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución.

Consciente de la situación anterior, antes de que fuera aprobada la Ley núm. 137-11, propusimos, en relación a la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, la división en salas. Dicha propuesta fue la siguiente:

En lo que concierne a la división del tribunal en Salas, dicha propuesta está condicionada a que mediante la referida ley se le atribuya competencia al Tribunal Constitucional para conocer del recurso de amparo, ya que las materias que hasta ahora puede conocer deben ser decididas por el pleno de dicho órgano. El modelo de división en salas existe tanto en Alemania como en España. En el caso español existen dos salas, las cuales se encargan de conocer los amparos. Este mecanismo ofrece ventajas, entre las que destacamos la agilización de los procesos sin sacrificar la calidad de los mismos ni de las decisiones. La agilización sería la consecuencia de que en lugar de atribuir toda la carga del trabajo al pleno del tribunal, se dividiría en las dos salas. Si a la división del trabajo agregamos el hecho

de que las salas serían más ágiles que el pleno, en razón de que resulta más fácil que un grupo pequeño se ponga de acuerdo, no cabe dudas que con la implementación del mecanismo propuesto la cantidad de asuntos resueltos sería superior en más de un ciento por ciento.⁵⁹³

Las indicadas observaciones no fueron tomadas en cuenta y la ley fue aprobada tal y como la conocemos. Ante tal situación debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿Está el Tribunal Constitucional obligado a aplicar la Ley Orgánica núm. 137-11 tal y como fue aprobada?

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y hasta se ha llegado a sostener que la Constitución dice lo que dicen los jueces que dice. En torno a la cuestión planteada, ciertamente, el artículo 186 de la Constitución establece de manera expresa que el Tribunal Constitucional está integrado por 13 jueces y que “...sus decisiones se adoptarán con una mayoría calificada de nueve o más de sus miembros...”.

Si nos atenemos a la previsión anterior, deberíamos concluir en el sentido de que es conforme a la Constitución exigir dicho quórum en materia de acción de amparo y en cualquier otra materia. Sin embargo, como nos recuerda Milton Ray Guevara⁵⁹⁴, la Constitución no puede interpretarse por “pedazo”. De manera que lo correcto es que, aplicando el método sistemático, interpretemos el artículo 186 no de manera aislada, sino conjuntamente con otro texto de la Constitución que verse sobre el mismo aspecto o que, al menos, verse sobre aspectos que estén vinculados al texto objeto de interpretación.

En este orden, en la parte final del artículo 72 de la misma Constitución se establece que el procedimiento de amparo debe ser

593 Hermógenes Acosta de los Santos « El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución ». p.238, Editora Búho, Santo Domingo República Dominicana: 2010.

594 Véase el artículo publicado en el Periódico Listín Diario, 15 de diciembre 2010, titulado “Interpretación Constitucional”.

“... preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidad”. Resulta obvio que existe una contradicción entre este texto y el referido artículo 186, en razón de que el procedimiento no puede ser sumario si para tomar una decisión se requieren nueve de trece votos. De manera que nos encontramos ante una grave contradicción a lo interno de la Constitución, a la cual debe darse una solución.

Afortunadamente, la propia Constitución prevé un mecanismo de solución al conflicto planteado, no sólo cuando se presente una contradicción entre texto de la misma Constitución, sino también cuando exista en relación a instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales. En el artículo 74 se establecen los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales. En el inciso 4 de dicho artículo se establece que:

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 humanos, procuraran armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

El órgano revisor de la Constitución de 2010 consagró en el texto objeto de exégesis los principios “pro-homine” y “pro-libertatis”, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional. Expuesto lo anterior, la pregunta obligada es la siguiente: ¿Qué es lo más favorable para los titulares de derechos fundamentales? La respuesta es obvia, los perjudicados con un acto de uno de los poderes públicos o de un particular tienen interés en una repuesta rápida y expedita.

El Tribunal Constitucional puede interpretar el mencionado artículo 186, fundamentado en los principios indicados anteriormente, en el sentido de que el quórum agravado que el mismo prevé no es aplicable a la materia de amparo y, además, que la urgencia

con que deben resolverse los conflictos en esta materia hacen necesario la división en salas del Tribunal.

Esta tesis tiene a su favor, además, un elemento determinante, que es el hecho de que el referido quórum se previó tomando en cuenta las competencias del Tribunal Constitucional consagradas en la Constitución y entre las mismas no se encuentra la acción de amparo, ya que esta fue atribuida mediante la Ley núm. 137-11.

Por otra parte, no podemos olvidar que la Constitución no solo debe tener coherencia interna, sino que también debe ser compatible con los tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la doctrina más reciente y avanzada viene desarrollando el mecanismo del control de convencionalidad. Conforme a esta teoría el contenido de la Constitución debe ser compatible con el contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Estado sea parte.

Una parte importante de la doctrina advierte, tomando en cuenta la importancia de la internacionalización de los Derechos Fundamentales, un debilitamiento del principio de supremacía constitucional; en este sentido, Ernesto Rey Cantor⁵⁹⁵ sostiene, fundamentado en el control de convencionalidad, que:

El principio de supremacía comienza a erosionarse, a partir de que el Estado Parte en un tratado internacional que reconoce derechos humanos-por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos-adquiere obligaciones internacionales objetivas erga omnes de "garantizar y respetar su libre y pleno ejercicio", y de "adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos" (arts. 1.1 y 2), esto es de legislar de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Decimos erosionarse, porque la expedición de la Constitución y el poder de reforma constitucional quedan sometidos a

595 Ernesto Rey Cantor, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, página XLVII, Editorial Porrúa, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008.

los tratados en vigor “que-en la práctica- obligan a cada Estado a ejecutar determinados actos. O abstenerse de llevar a cabo otros”. Igualmente, el autor considera que “también se erosiona la teoría del Poder Constituyente, ya que no podrá actuar como poder único, superior, supremo, unitario y excluyente (que no admite otro poder exterior como competidor) expidiendo la Constitución o reformándola.”⁵⁹⁶

En este mismo orden, Jorge Prats⁵⁹⁷ sostiene que el:

(...) control de convencionalidad, puede y debe ser ejercido para controlar la legitimidad incluso de las normas constitucionales, a la luz de los convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el país, pues dicho control no pone en juego la supremacía constitucional ordenada por el artículo 6 de la Constitución, pues es la propia Constitución la que reconoce el apego de la República “a las normas del derecho internacional” (artículo 26) y la que, al tiempo de darle rango constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 74.3) y plena aplicabilidad, directa e inmediata, a dichos derechos humanos, dispone que los “poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorables a la persona titular de los mismos(artículo 74.4). Lo que esto significa es que no se trata de una cuestión de jerarquía, sino que lo que está en juego es la obligación del juez de aplicar preferentemente la norma internacional y la norma más favorable al titular de los derechos fundamentales, por lo que la norma internacional queda descartada si y sólo si la norma interna, sea constitucional e infra constitucional, es más favorable que la internacional.

La República Dominicana es signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ratificó en el año 1977. En el artículo 25.1 de dicha Convención se establece que:

596 Ernesto Rey Cantor, ob, cit. pp.XLVII-XLVIII

597 Eduardo Jorge Prats, ob. cit.pp.465-466

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o los tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

En el texto transcrito se consagra una obligación expresa a cargo del Estado dominicano y de los demás Estados Parte, consistente en que deben establecer un procedimiento sencillo y rápido que permita a los tribunales amparar a los ciudadanos contra los actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Resulta más que obvio que la exigencia del quórum calificado previsto en el artículo 186 de la Constitución impediría que la acción de amparo pueda conocerse de manera rápida y sencilla, por lo que el referido texto no es conforme con dicha Convención.

Mediante la ley orgánica debió subsanarse dicha contradicción, pero como no se hizo corresponde al Tribunal Constitución hacerlo, estableciendo, como indicamos anteriormente, que el referido quórum calificado no se aplica en materia de acción de amparo. De no producirse dicha armonización, el Estado dominicano quedaría expuesto a sanciones por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

La consideración anterior la hacemos, porque como consecuencia de la exigencia del quórum calificado, por una parte, muchos casos se estacarían en la búsqueda “*del consenso amplio*”. Esto impediría que el recurso de revisión constitucional se resuelva en un plazo razonable y, por otra parte, bastaría que cinco de los trece jueces no estén de acuerdo con el recurso para que, en la práctica, resulte rechazado, es decir, que de lo que se trata es de que un ciudadano puede ver rechazado su recurso aunque ocho de los trece jueces estén de acuerdo con el mismo. Si esto no es denegación de justicia, está muy cerca de serlo.

Lo anterior supone que una demanda contra el Estado dominicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podría articularse bajo el fundamento de que el mecanismo interno previsto para la protección de los derechos fundamentales no es eficaz y, además, bajo el fundamento de que no es razonable. Inclusive, el ciudadano al cual le rechazan una acción de amparo pudiera acudir directamente ante la Corte Interamericana y alegar ante la misma que no agotó el recurso interno de la revisión por considerarlo ineficaz.

21.2.1.2 Formalidades del recurso de revisión constitucional

El recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo debe interponerse dentro de los 5 días de la notificación de la sentencia objeto del mismo, mediante escrito depositado en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia recurrida⁵⁹⁸. El referido plazo cinco días franco, en razón de que comienza a correr a partir de la notificación de la sentencia objeto del recurso, según lo dispone el artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil⁵⁹⁹, texto que es aplicable en la materia, en virtud del principio de supletoriedad previsto en el artículo 7.12 de la Ley núm. 137-11. Igualmente, al momento de calcular dicho plazo solo se tomarán en cuenta los días hábiles, según el Tribunal Constitucional.⁶⁰⁰

En efecto, mediante la sentencia TC/0080/12, de fecha 15 de diciembre, se estableció lo siguiente:

598 Artículo 95 de la ley 137-11

599 En el artículo 1033 del código de procedimiento civil establece que los plazos que comienzan a correr a partir de una notificación a persona o domicilio son franco y que en consecuencia no se cuenta el día en que se realiza la notificación ni el último día del plazo de que se trate.

600 Respecto del principio de autonomía procesal véase Rodríguez Patrón, Patricia, La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal. Revista Española de Derecho Constitucional, No. 62, mayo / agosto 2001 y Gerardo Eto Cruz "El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". p. p.166-167, Editorial ADRUS, Lima, Perú, 2011).

Según lo dispuesto por el artículo 95 de la citada Ley núm. 137-11: “El recurso de revisión se interpondrá mediante escrito motivado a ser depositado en la secretaría del juez o tribunal que rindió la sentencia, en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su notificación”. El plazo establecido en el párrafo anterior es franco, es decir, no se le computarán los días no laborales, ni el primero ni el último día de la notificación de la sentencia.

De la lectura del párrafo anterior se advierte, que según el Tribunal Constitucional no deben computarse los días no laborables, ni el primero ni el último de la notificación de la sentencia objeto del recurso. Sin embargo, no explica las razones por las cuales llegó a esta conclusión. Las explicaciones respecto de este criterio las da el tribunal, al menos parcialmente, en la sentencia TC/0071/13, de fecha 7 de mayo, en la cual sostiene que:

En la especie, los recurridos argumentan que se debe declarar inadmisibile el presente recurso de revisión por haber sido interpuesto luego del vencimiento del plazo de cinco (5) días de la notificación de la sentencia de amparo. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que si bien es cierto que dicho recurso se notificó el día cuatro (4) de enero de dos mil doce (2012) y fue depositado en la Cámara Penal del referido tribunal el doce (12) de enero del mismo año, este plazo debe considerarse franco y solo serán computables los días hábiles, tal y como fue decidido por este tribunal mediante sentencia No. TC/0080/12, de fecha quince (15) de diciembre de dos mil doce (2012). Todo ello con el objeto de procurar el efectivo respeto y el oportuno cumplimiento de los principios de la justicia y los valores constitucionales como forma de garantizar la protección de los derechos fundamentales. Tanto en este caso como en cualquier otro, en virtud del principio de autonomía procesal anteriormente referido, el Tribunal Constitucional está facultado para interpretar y aplicar las normas procesales en la forma que considere más útil para la efectividad y eficacia de la justicia. La recurrente, la

señora Yuderki Mercedes Santos Taveras, ha visto agotarse el plazo de cinco (5) días calendarios para recurrir en revisión de amparo bajo el influjo de tres (3) días inhábiles que le habrían impedido ponerse en condiciones de incoar su recurso. Al respecto, conviene precisar que el día lunes nueve (9) de enero resultó feriado por haber sido la celebración del Día de Reyes para esa fecha. La referida sentencia le fue notificada el cuatro (4) de enero del año dos mil doce (2012) y el recurso de revisión contra la misma se depositó el día doce (12) de enero del mismo año. En consecuencia, transcurrieron ocho (8) días, y, bajo el plazo franco de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación, dicha recurrente disponía hasta el día trece (13) de enero de dos mil doce (2012) para incoar válida y oportunamente su recurso.

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional reitera, en esta sentencia, el criterio establecido en la TC/0080/12 y, además, explica que el plazo de cinco días para recurrir debe considerarse franco y solo deben contarse los días hábiles, con la finalidad de que puedan concretizarse los principios de la justicia constitucional. De manera que para el tribunal el indicado plazo resultaría insuficiente para ejercer el recurso si se tomaran en cuenta los días no laborables.

Por otra parte, el tribunal define la naturaleza del plazo para recurrir en el principio de autonomía procesal; así como en el principio de eficacia y efectividad de la justicia. Sobre la base del principio de autonomía procesal, el tribunal puede llenar las lagunas e imprevisiones legislativas; mientras que en virtud del principio de efectividad y eficacia las normas deben ser interpretadas en la forma más favorable para la protección de los derechos fundamentales.⁶⁰¹

601 Respecto del principio de autonomía procesal véase Rodríguez Patrón, Patricia, La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal. Revista Española de Derecho Constitucional, No. 62, mayo / agosto 2001 y Gerardo Eto Cruz "El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". p. p.166-167, Editorial ADRUS, Lima, Perú, 2011).

En torno al contenido de la instancia, se exigen los mismos requisitos previstos para la instancia relativa a la acción de amparo y, además, el recurrente debe indicar de manera clara y precisa el agravio que le causó la decisión.⁶⁰²

Para garantizar el principio de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa, el legislador exige que el recurso sea notificado, acompañado de los documentos, al recurrido en un plazo de 5 días, los cuales, aunque no se indica el punto de partida, hay que suponer que se cuentan a partir del depósito del escrito en la secretaria del tribunal.⁶⁰³ El recurrido, por su parte, cuenta con un plazo de 5 días, contados a partir de la fecha de notificación del recurso, para depositar en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia el escrito de defensa y los documentos.⁶⁰⁴

Desde el momento que se cumplen los trámites procesales indicados en los párrafos anteriores, las partes cumplen con sus obligaciones, de manera que en lo adelante la responsabilidad procesal es del tribunal receptor del recurso y del competente para conocer del mismo. En este sentido, se establece que después de vencido los referidos plazos la *“... secretaria del juez o tribunal remite sin demora el expediente conformado al Tribunal Constitucional.”*⁶⁰⁵

La decisión debe ser tomada en un plazo de 30 días⁶⁰⁶ contados a partir de la fecha en que el caso queda en estado de recibir fallo, es decir, desde que el expediente es tramitado por el secretario del tribunal que dictó la sentencia. Esto será así salvo que el Tribunal Constitucional decida, en ejercicio de la facultad que le concede la ley, celebrar audiencia⁶⁰⁷, eventualidad en la cual el referido plazo comenzará a correr a partir del conocimiento de la indicada audiencia.

602 Artículo 96 de la ley 137-11

603 Artículo 97 de la ley 137-11

604 Artículo 98 de la ley 137-11

605 Artículo 99 de la ley 137-11

606 Artículo 102 de la ley 137-11

607 Artículo 101 de la ley 137-11

Como puede observarse, el procedimiento diseñado por el legislador en ocasión del recurso de revisión conserva, en líneas generales, los elementos que caracterizan el procedimiento seguido en primer grado; de manera que no se rige por el derecho común como ocurría con el recurso de casación previsto en la legislación anterior, lo cual implicaba desnaturalizar la institución del amparo. Esto constituye, sin duda, una novedad importantísima.

21.2.1.3 Naturaleza del recurso

En torno a la naturaleza del recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo, el Tribunal Constitucional originalmente lo consideró como una modalidad de recurso extraordinario y, en este sentido, entendió que no debía involucrarse en la revisión de los hechos y limitarse a revisar la sentencia.

En efecto, en la sentencia TC/0007/12, de fecha 24 de marzo, se estableció lo siguiente:

Dentro de ese marco conceptual, la revisión consiste en una acción constitucional instituida con el propósito específico de garantizar un derecho fundamental, puesto que se sustancia ante el Tribunal Constitucional (órgano ajeno al Poder Judicial), y no ante un órgano superior de un determinado orden jurisdiccional, como ocurre con los recursos ordinarios. En consecuencia, al constituir una acción distinta e independiente de los procesos judiciales que se desarrollan ante los órganos de la jurisdicción ordinaria destinados a la tutela de los derechos y libertades fundamentales, la revisión no representa una segunda instancia o recurso de apelación para dirimir conflictos inter partes.

Como se aprecia, para la mayoría del Tribunal Constitucional el recurso de revisión que nos ocupa no constituye una segunda instancia o recurso de apelación, criterio este que no compartimos, porque entendemos que se trata de una segunda instancia. Si

bien no hay que denominarlo recurso de apelación, tiene muchas similitudes con este recurso, particularmente, porque la finalidad del mismo es que el Tribunal Constitucional tenga la oportunidad de establecer si el juez de amparo decidió correctamente.

Las consideraciones anteriores fueron expuestas en el voto disidente que hicimos valer junto a los magistrados Katia Miguelina Jiménez y Jottin Cury David, en la referida sentencia TC/0007/12, en el cual sostuvimos que:

Para ser coherente y observar adecuadamente el mandato de la Convención Interamericana, y hasta que el legislador dominicano no resuelva la distorsión señalada consagrando la doble instancia, es necesario que el Tribunal Constitucional actúe como un tribunal de segunda instancia y aborde el amparo desde una dimensión subjetiva y, en este orden, se ocupe de determinar si en el caso hubo o no violación a un derecho fundamental, sin importar que sea o no relevante para la interpretación constitucional y la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales.⁶⁰⁸ En este sentido, el destacado constitucionalista y administrativista venezolano Allan Brewer Carías sostiene que el Tribunal Constitucional Dominicano debe actuar como jurisdicción de segundo grado cuando conoce de la revisión de una sentencia dictada por un tribunal de primera instancia en materia de acción de amparo.⁶⁰⁸

Posteriormente, específicamente, en la sentencia TC/0071/13, de fecha 7 de mayo, la mayoría del tribunal varió su criterio respecto de la cuestión analizada, es decir, que en esta decisión reconoció que el recurso de revisión de sentencia de amparo es una

608 Véase voto disidente de los magistrados Hermógenes Acosta de los Santos, Katia Miguelina Jimenes Martínez y Jottin Cury David, sentencia TC-0007-12, del 24 de marzo. Y Brewer Carías, "El Sistema de Justicia Constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. P.326. VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Tomo I, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, República Dominicana, 2, 3 y 4 marzo del 2011.

modalidad de recurso de apelación, lo que permite que el Tribunal Constitucional conozca, por el efecto devolutivo, la acción de amparo, cuando, obviamente, anule o revoque la sentencia recurrida.

En efecto, en dicha sentencia se estableció que:

De las observaciones que anteceden, se evidencia que el Tribunal Constitucional decidió discontinuar la aplicación de la tesis sentada por la mencionada sentencia TC/0007/12, que se sustenta en la aseveración de que la revisión no representa una segunda instancia o recurso de apelación para dirimir conflictos inter partes, decantándose en favor de la solución opuesta, inicialmente establecida por las aludidas sentencias TC/0010/12, TC/0011/12 y TC/0012/12, cuestión que permitiría conocer del fondo de las acciones de amparo actuando como una especie de segunda instancia y órgano de cierre.

La variación del precedente objeto de análisis se fundamentó en varias razones, las cuales consideramos válidas. Así, por una parte, dicho cambio de precedente se sustentó en que en el precedente original el alcance del recurso de revisión de sentencia de amparo fue interpretado de una manera limitada y, en consecuencia, en detrimento de una protección adecuada de los derechos fundamentales. Al respecto se afirma en la sentencia que:

En el mismo orden de ideas, cabe señalar que el fundamento de la aludida facultad para conocer del fondo reside en la esencia misma de la acción de amparo como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, pues considerar el recurso de revisión sobre la base de una visión más limitada resultaría insuficiente para asegurar la efectividad del derecho, cuya tutela demanda la víctima. Esta solución, tendente a subsanar el vacío normativo anteriormente aludido (supra, literal "c") se justifica en la necesaria sinergia operativa que debe producirse entre la acción de amparo configurada en el artículo 72 de la Constitución, los principios rectores de

la justicia constitucional previstos en el artículo 7 de Ley núm. 137-11, y las normativas atinentes a la acción de amparo y al recurso de revisión de amparo prescritas, de manera respectiva, en los artículos 65 a 75 y 76 a 114 de dicha ley.

Por otra parte, dicho cambio de precedente se fundamentó en el artículo 101, de la Ley núm. 137-11, texto que faculta al Tribunal Constitucional a celebrar audiencia en la materia, con lo cual se deja abierta la posibilidad de que conozca de nuevo los hechos de la causa, toda vez, que carecería de justificación procesal fijar una audiencia si no es con la finalidad indicada. En torno a este segundo argumento se afirma que:

En otro orden de ideas, conviene resaltar que la indicada prerrogativa de conocer el fondo de la acción tampoco resulta del todo extraña al procedimiento establecido en la referida Ley núm. 137-11, en virtud de dos razones adicionales: de una parte, su artículo 101 permite al Tribunal Constitucional la posibilidad de sustanciar mejor el caso mediante el llamamiento a una audiencia pública; y, de otra, dicha ley no proscribiera expresamente conocer del fondo de la acción en la revisión de sentencias de amparo, como sin embargo lo exige de manera taxativa en su artículo 53.3.c, que atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer la revisión de decisiones jurisdiccionales firmes (en caso de violación a un derecho fundamental), imponiéndole que lo haga con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar.

21.2.1.4 Requisito de admisibilidad del recurso de revisión constitucional. La especial trascendencia o relevancia constitucional ⁶⁰⁹

La admisibilidad del recurso que nos ocupa está condicionada a que el recurrente demuestre que el mismo tiene especial trascendencia o relevancia constitucional. En este sentido se establece que:

*La admisibilidad del recurso está sujeta a la especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales.*⁶¹⁰

Condicionar la admisibilidad del recurso de revisión constitucional al requisito de la “especial trascendencia o relevancia constitucional”, supone que el Tribunal Constitucional no tendría que conocer el fondo del recurso y lo declararía inadmisibles, si considera que el mismo carece de dicha relevancia.

Esto, obviamente, constituye un error del legislador, ya que ha perdido de vista que el Tribunal Constitucional está apoderado de un recurso interpuesto contra una sentencia dictada por un tribunal de primer grado o por el Tribunal Superior administrativo, y que, en consecuencia, tiene la obligación de revisar íntegramente el caso para determinar si la sentencia recurrida es jurídicamente correcta.

El amparo previsto en nuestra ley no requiere del agotamiento previo de los recursos ordinarios, como ocurre en el sistema español, al menos el que conoce el Tribunal Constitucional de ese país; ya que, quien considera que le ha violado un derecho fundamental

⁶⁰⁹ Este tema, en parte, fue publicado en la *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 3, Año 3, 2018, pp. 32-43

⁶¹⁰ Artículo 100 de la ley 137-11.

acude directamente ante el juez de amparo. Por otra parte, en la mayoría de los sistemas de justicia constitucional, las decisiones del juez de amparo pueden ser revisadas íntegramente por un tribunal superior, porque así lo exige el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De manera que el requisito de inadmisibilidad examinado colide con dicha convención, lo que despoja a la ley de legitimidad. El mismo es pertinente en materia de revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales, porque dicho recurso solo procede después de agotados todos los recursos previstos en el derecho común, no así cuando de lo que se trata es del recurso constitucional contra las sentencias dictadas por el tribunal de primera instancia en atribuciones de amparo.

Precisamente, para el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, el requisito de la especial trascendencia o relevancia constitucional no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en el contexto del sistema español, porque en este sistema los casos llegan al Tribunal Constitucional después de agotarse los recursos previstos en el ámbito del Poder Judicial. Tal criterio no sería aplicable en nuestro sistema. Más bien, debemos entender qué, en virtud del referido criterio, el requisito de admisibilidad que examinamos viola la tutela judicial efectiva, porque, como ya hemos explicado, las decisiones del juez de amparo dominicano no se recurren a lo interno del Poder Judicial.⁶¹¹

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional solo ha declarado inadmisibles un recurso por ausencia de la especial trascendencia o relevancia constitucional, dicha sentencia contó con el voto de 10 de los magistrados; mientras que los magistrados Katia Miguelina Jiménez, Jottin Cury David y el autor de este trabajo no estuvieron de acuerdo e hicieron valer un voto disidente conjunto.⁶¹²

611 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Arribas Anton c. España, decidido en fecha 20 de enero 2015, párrafo 41. Véase Hermógenes Acosta de los Santos, "Los defectos de orden normativos del sistema de justicia constitucional dominicano", Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, No. 3, Año 3, 2018, Santo Domingo, República Dominicana, 2018 .

612 Sentencia No. TC-007-12 de 22 de marzo.

21.2.1.5 *Efectos del recurso de revisión constitucional*

La ley no establece si el recurso de revisión constitucional tiene o no efectos suspensivos, aunque sí establece que la sentencia es ejecutoria de pleno derecho. Ante tal imprevisión es pertinente la siguiente pregunta ¿Tiene o no efectos suspensivo dicho recurso? La respuesta obvia es la negativa, ya que el efecto suspensivo no sería congruente con la naturaleza de la acción de amparo, en particular, con la celeridad y sumariedad que caracteriza dicha materia.

El legislador tampoco facultó al tribunal a suspender la ejecución de la sentencia. Sin embargo, en la sentencia TC/0013/13, de fecha 11 de febrero, el tribunal dejó abierta la posibilidad de suspender de manera excepcional la ejecución de una sentencia de amparo. En efecto, en dicha sentencia se estableció que:

La inexistencia de un texto que de manera expresa faculte al Tribunal Constitucional a suspender la ejecución de la sentencia en la materia que nos ocupa; así como la ejecutoriedad de pleno derecho de la sentencia que resuelven acciones de amparo e igualmente la posibilidad de que el juez pueda ordenar la ejecución sobre minuta constituyen elementos que permiten a este Tribunal establecer que en esta materia, como regla general, dicha demanda es procedente solo en casos muy excepcionales.

Fundamentado en el precedente anterior, el Tribunal Constitucional ha suspendido la ejecución de sentencias en la materia que nos ocupa, para, por ejemplo, evitar la desaparición de un bien que era cuerpo del delito en un proceso penal.⁶¹³ O porque el tribunal que dictó la sentencia recurrida era incompetente.⁶¹⁴ Igualmente se ha suspendido la ejecución de la sentencia para

613 TC- 0089-13, de fecha

614 TC-00231-13, de fecha 29 de noviembre

evitar la destrucción de un inmueble ubicado en un centro histórico.⁶¹⁵ Así como para evitar los trastornos sociales y culturales que generaría la no realización de un evento planificado y organizado durante varios meses.⁶¹⁶

21.2.2. Recurso de Tercería

La Ley núm. 137-11 no regula el recurso de tercería, en la medida que el legislador lo remite al derecho común, según se indica en el párrafo del artículo 94. En efecto, en dicho texto se establece que: *“Párrafo. Ningún otro recurso es posible, salvo la tercería, en cuyo caso debe procederse con arreglo a lo que establece el derecho común”*.

Este recurso está regulado en los artículos 474 a 478 del Código de Procedimiento Civil. En los párrafos que siguen analizaremos los referidos textos, con la finalidad de establecer su naturaleza, las formalidades y los efectos del mismo.

21.2.2.1. Naturaleza del recurso

Los recursos se clasifican, generalmente, en ordinarios y extraordinarios, en el primer grupo se encuentran la apelación y la oposición, mientras que, en el segundo, la tercería, revisión civil, la revisión por causa de fraude y revisión por causa de error material en materia inmobiliaria.⁶¹⁷ Entre los extraordinarios también debe incluirse la revisión penal.

Los recursos ordinarios y los extraordinarios se distinguen, esencialmente, porque los primeros proceden en todos los casos en que el legislador no lo prohíba. Mientras que los segundos solo está abierto en los casos que expresamente se establezca en la ley.⁶¹⁸

615 TC- 0330-15, de fecha 8 de octubre

616 TC- 0758-17, de fecha

617 Froilán Tavares, hijo, Elementos de derecho Procesal Civil Dominicano, Volumen III, Los Recursos, Cuarta Edición puesta al día por Froilan J.R. Tavares y Margarita A. Tavares, Editora Centenario, S.A., Santo Domingo, República Dominicana, 2017, p. 4

618 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 4

Otras características no menos importantes son las que conciernen a que los primeros tienen efectos suspensivos y los segundos no.⁶¹⁹ Igualmente, los primeros tienen efecto devolutivo general, el caso se conoce de nuevo, mientras que en los segundos este efecto se limita, exclusivamente, al aspecto cuestionado en el recurso.⁶²⁰

En el caso específico del recurso de tercería, consideramos que la característica más importante es la que concierne a que se trata de un recurso que solo puede ser incoado por un tercero que no fue citado para el proceso que culminó con la sentencia objeto del recurso.⁶²¹ Es decir, que se trata de un recurso previsto en beneficio de quienes demuestren la condición de terceros y, obviamente, que la decisión de que se trate le causa un perjuicio.⁶²²

21.2.2.2. *Formalidades del recurso*

Existen dos modalidades de tercería: una incidental y otra principal. La principal es la que se incoa en ausencia de proceso respecto de la sentencia objeto del recurso; mientras que la incidental se interpone después que existe una instancia abierta respecto de la sentencia recurrida. Esta distinción es importante, por la cuestión de la competencia⁶²³.

En efecto, la tercería principal se interpondrá por ante el tribunal que dictó la sentencia, en cambio, la incidental se incoa por ante el tribunal que conoce del asunto pendiente, a condición de que dicho tribunal tenga igual o mayor jerarquía.⁶²⁴ Cuando no se satisface la referida condición, el tribunal que se debe apoderar es el que dictó la sentencia.⁶²⁵

619 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 5

620 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 5

621 Artículo 474 del Código de Procedimiento Civil

622 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 135

623 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 143

624 Artículo 475 del Código de Procedimiento Civil Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 4

625 Artículo 476 del Código de Procedimiento Civil

Resulta lógico desde la óptica procesal prohibir que un tribunal conozca el recurso de tercería incidental cuando tiene una jerarquía menor al que dictó la sentencia recurrida, pues lo contrario sería dejar abierta la posibilidad de que un juez inferior anule una sentencia de un juez superior.⁶²⁶

En torno al plazo, en esta materia no hay un texto que regule la cuestión, razón por la cual debe aplicarse el derecho común relativo a la prescripción y, en este sentido, el recurso de tercería puede interponer dentro del plazo de 20 años, contado desde la fecha de la sentencia, es decir, que se beneficia de la prescripción más larga, en virtud de lo que establece el artículo 2262 del Código Civil.⁶²⁷ Sin embargo, el plazo será de un año, según el artículo 873 del Código Civil, cuando el recurso de tercería lo interponga uno de los acreedores del marido, por causa de fraude, contra una sentencia sobre separación de bienes.⁶²⁸

Es importante destacar que el tercero que se considera perjudicado con la sentencia puede, en cualquier momento, invocar el efecto relativo de la sentencia con la finalidad de evitar que la misma se ejecute en su contra.⁶²⁹

21.2.2.3. *Efectos del recurso*

Tratándose de un recurso extraordinario, no tiene efectos suspensivos,⁶³⁰ pero el juez apoderado del recurso de tercería, cuando este sea principal o el juez apoderado de lo principal, cuando el recurso sea incidental, tiene la facultad de suspender la ejecución de la sentencia objeto del mismo, a pedimento de parte. Sin embargo, la suspensión está prohibida, cuando la sentencia recurrida haya ordenado el abandono de una heredad.⁶³¹

626 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 144

627 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 144

628 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 144

629 Froilan Tavares, hijo. IBIDEM, p. 144

630 Artículo 477 del Código de Procedimiento Civil

631 Artículo 478 del Código de Procedimiento Civil. Froilan Tavres, hijo, IBIDEM, pp. 145-146

Bibliografía de la Tercera parte

- ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes. Inmutabilidad del procedimiento: caso particular de los incidentes del embargo inmobiliario. *Revista Gaceta Judicial*, año 12, No. 200, julio 2008.
- ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes. *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*. Editora Búho : Santo Domingo República Dominicana: 2010.
- ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes. El proceso de amparo en el nuevo modelo de justicia constitucional dominicano. *Revista Dominicana de Ciencias Jurídicas*, año 1, No. 1, Julio-Diciembre, 2012.
- ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes. Interpretación Constitucional. Periódico *Listín Diario*, 15 de diciembre 2010.
- ALBESTURY, Pedro y otros. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Fundación Konrad Adenauer : Buenos Aires, 1999.
- ALFARO PINILLOS, Roberto. *Guía rápida del proceso constitucional de amparo*. Editora y Librería Jurídica Grijley : Perú, 2009.
- ÁLVAREZ SACRISTAN, Isidoro. *La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso*. Colex : Madrid, 1999.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*. 2ª ed. Ariel : Barcelona, 2004.
- BÁEZ SILVA, Carlos. *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. Tomo II. UNAM : México, D.F. 2014.

- BALBUENA, Pedro Virgilio. Comentario al artículo 72 de la Constitución Dominicana. En Villaverde Gómez, Carlos y Tena de Sosa, Félix. *Constitución Comentada*. Santo Domingo, Distrito Nacional, 2013.
- BARRA, Rodolfo C. La Acción de Amparo en la Constitución Reformada: La Legitimación para Accionar. En Carlos S. Fayts; Gregorio Badeni y Segundo V. Linares Quintana. *Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales*, tomo IV. Buenos Aires : La Ley, 2008.
- BARRACO, María del Carmen. *Teoría del derecho y derechos fundamentales*. Palestra Editores : Perú, 2009.
- BONILLA SANCHEZ, Juan José. Motivos de inadmisión del recurso de amparo. *Espacio y Tiempo, Revista de Ciencias Humanas*, No.24-2010, pp. 37-58.
- BREWER CARÍAS, Allan R. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo V. El Derecho y La Acción de Amparo. Editorial Jurídica Venezolana : Caracas-San Cristóbal. 1998.
- BREWER CARÍAS, Allan R. *La Justicia Constitucional, Procesos y Procedimientos Constitucionales I*. Porrúa : México. 2007.
- BREWER CARÍAS, Allan R. El Sistema de Justicia Constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. En *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I. Distrito Nacional, República Dominicana, 2, 3 y 4 marzo del 2011, p. 326.
- BUONGERMINI, María. Medidas Cautelares. Suprema Corte de Justicia, Paraguay, en <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buongermini-Medidas-Cautelares.pdf> (última consulta 15/07/2018).

- CARRILLO, Marc. La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible. Ponencia del 5 de julio de 2006 en el marco de los cursos de verano de la Universidad del País Vasco. 2006.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Gráficas/85, S.A. : Madrid, 2002.
- CARRERA SILVA, Liliana. 2012. *La acción de tutela en Colombia*. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Manuel Villabella Armengol. *El Amparo en Latinoamérica*. Puebla, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012.
- CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. *Consultor de Jurisprudencia Constitucional Dominicana, 1924-1930*. 1995. Ediciones Trajano Potentini : Santo Domingo, 2005.
- CASTRO, Juventino. *El sistema del derecho de amparo*. 4ª edición. Edit. Porrúa : México. 2004.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *La Acción de Tutela colombiana*. Konrad Adenauer Stiftung A. C., Buenos Aires Argentina, 1999.
- CIPRIÁN, Rafael. *Constitucionalidad y derechos del ciudadano*. Santo Domingo, 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Consolidación de Derechos y Garantías en el Siglo XXI*, Madrid, 1999.
- CORREA FREITAS, Rubén. *Derecho Constitucional Contemporáneo*. Tomo I. 2ª edición. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria. 2002.

- COUTURE, Eduardo. Fundamento del Derecho Procesal Civil. Euros Editores, S.R.L : Buenos Aires, 2014.
- CRUCETA, José Alberto; MONTERO, Justiniano y ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes. La Constitución comentada por el poder judicial. Santo Domingo, República Dominicana, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. El juez como garante de los derechos fundamentales. Constitución y poder. XXV aniversario de la constitución de 1978. Madrid, 2003.
- CRUZ VILLALON, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional 25. Enero - Abril, 1989.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCON, Javier. Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. En *Boletín mexicano de derecho comparado*. Nueva serie, año XXXIII, núm. 97. Enero-abril 2000.
- CHINCHILLA MARIN, Carmen. Comentarios a los artículos 56 y 57 LOTC. En Juan Luis Requejo Pagés (coord.) : *Comentarios a la ley orgánica del tribunal constitucional*, ed. TC/BOE, Madrid 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil. Tomo II. Tercera edición : Editorial Reus. 1925. Traducción de José Casáis y Santaló Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada. Elaboración de formato PDF: Lorena Ambriz Barajas, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/2/761/pl761.htm>
- DE ESTEBAN, Jorge; GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J. y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo II, Ediciones Castaño : Madrid 2004.

- DE HOSTOS, Eugenio María. *Lecciones de Derecho Constitucional*. ONAP : Santo Domingo, 2001.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*,. Edit. ABC. : Bogotá. 1978.
- DÍAZ, Esthel. *Argumentación Jurídica*, 4ª edición. Santo Domingo, 2012.
- DÍAZ, Silvia A. *Acción de Amparo*. Editora La Ley : Buenos Aires 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas : Madrid, 2003 (última edición de 2013).
- ETO CRUZ, Gerardo. *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Editorial ADRUS : Lima, Perú, 2011.
- ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Perú, 2013.
- ETO CRUZ, Gerardo. *La naturaleza jurídica del amparo, la doctrina constitucional y administrativa del Estado social y democrático de derecho*. Liber Amicorum a Allan R. Brewer-Carías. Librería Jurídica Internacional : Santo Domingo, 2016.
- FABIAN, Novak. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En www.amag.edu.pe <consulta 28 de junio del 2006>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, 4ª ed. Trotta : Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 2ª edición. Editorial Trotta : Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías : La Ley del Más Débil*. 7ª Edición. Madrid : Editorial Trotta. 2010.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Derecho procesal constitucional. Editorial Elecé Industrial Gráfica, S.L. : Madrid. 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa : México, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El derecho de amparo en México. En *El amparo en el Mundo*. pp. 502-508. Coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer. Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung : México 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). El derecho de amparo en el mundo. UNAM. Editorial Porrúa : México 2006.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. Las medidas cautelares contra la administración pública. 2da Edición. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma : Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colombia : Temis, 2001.
- GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. El Derecho de Amparo. 2ª edición. Ediciones Buenos Aires : Depalma. 1998.
- GOZAINI, Osvaldo a. Derecho Procesal Constitucional, tomo I. Argentina: de Belgrano, 1999.
- GUTIÉRREZ, Gustavo. Introducción al derecho procesal constitucional. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, París, 1966.

- HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *Medidas cautelares, según el nuevo código de procedimiento civil*, 3ª ed., reimpr., Centro de estudios jurídicos del Zulia, Maracaibo. 1988, disponible en <http://www.venezuelaprocesal.net/Henriquezmedidas2.pdf> (última consulta: 15/07/2018).
- Hernández Valle, Rubén. *El Amparo en Costa Rica*. En Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.) *El Amparo en el Mundo*. México : Porrúa, 2006.
- HESS ARAYA, Christina y BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena. *Ley de la Jurisdicción constitucional, Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal*. 3ª ed. Editorial Investigaciones Jurídicas : San José, Costa Rica, 2006.
- JORGE PRATS, Eduardo. Limitaciones de la Aplicabilidad de la Acción. *Revista Estudios Jurídicos*, Volumen IX, No.2, mayo-agosto 2002, Santo Domingo, República Dominicana, 2002.
- JORGE PRATS, Eduardo. *Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales*, lus novum, Santo Domingo, República Dominicana, 2011.
- JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*. Vol.2, 2ª ed., lus novum : Santo Domingo, 2012.
- JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho Constitucional*. Vol. I, 3ª edición, lus novum : Santo Domingo, República Dominicana, 2013.
- JORGE PRATS, Eduardo. *Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales*. lus novum : Santo Domingo, República Dominicana, 2013.

- LAZZARINI, José Luis. El juicio de Amparo. 2ª edición. Buenos Aires : Fondo editorial de derecho y economía 1988.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel : Barcelona, 1986.
- LOPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina. En *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, pp. 97-119. disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2301/13.pdf> (última consulta 15/07/2018).
- LÖSING, Norbert. Estado de Derecho y Debido Proceso Penal. E Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay, 1998, pp. 449-482.
- LUCIANO PICHARDO, Rafael. La Justicia Constitucional. Ed. Corripio : Santo Domingo, 2006.
- LUCIANO PICHARDO, Rafael, y José E. HERNÁNDEZ MACHADO. La Evolución del Derecho Procesal Constitucional a través de los Órganos Judiciales de la República Dominicana. En Anuario de Derecho Constitucional Latino-americano, 2002, pp. 257-264.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro. 2012. El Amparo en Argentina, Rasgos y Características Especiales. En Carlos Manuel Villavella Amengual y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores). *El Amparo en Latinoamérica*. Puebla, México : Fundación Universitaria de Derecho Administrativo y Política, S.C. (FUnDAD), 2012.
- MONTERO AROCA, Juan. La legitimación en el proceso civil: Un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él. Editorial Civitas, S.A : Lima 1994.

- MORELLO, Palacios. Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial. En Carlos S. Fayts; Gregorio Badeni; Segundo V. Linares Quintana. *Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales*, tomo IV, Buenos Aires: La Ley, 2008.
- MORENILLA ALLARD, Pablo. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. 3ª edición. Editorial Leyes, S.A. Madrid, 2007.
- MUÑOZ MORALES, Luis. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico : Río Piedras, 1949.
- NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. 9ª edición. Temis : Bogotá, 2003.
- OCHS OLAZÁBAL, Daniel. La Acción de Amparo. 2ª edición. Fundación de Cultura Universitaria : Montevideo, 2001.
- OTTO PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional*. Sistema de Fuentes, Ariel Derecho, 2ª edición, Barcelona, 1988.
- PALACIO, Lino Enrique. La acción de amparo (su régimen procesal). En Segundo V., Fayt, Carlos S. y Badeni Gregorio Linares Quintana. Revista Jurídica Argentina La Ley, *Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, 1936-2008*, tomo IV. Buenos Aires: 2008.
- PALACIO, Lino Enrique. "La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994", en Carlos S. Fayts; Gregorio Badeni; Segundo V. Linares Quintana. *Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales*, tomo IV, Buenos Aires: La Ley, 2008.
- PELAEZ BARDALES, Mariano. El proceso cautelar. Editora y librería jurídica Grijley : Perú. 2010.

- PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel. El Amparo Constitucional. Revista Estudios Jurídicos, Volumen I, No. 3, septiembre-diciembre 2001, Santo Domingo, República Dominicana, 2001.
- PELLERANO, Juan Manuel. El derecho de amparo en desamparo. En Manuel A. Valera Montero. Hacia un nuevo concepto de constitución. Pellerano & Herrera : Santo Domingo, 2006.
- PERDOMO CORDERO, Nassef. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Dominicano 2012-2014. Librería Jurídica Internacional, S.R.L : Santo Domingo. 2014.
- PERDOMO CORDERO, Nassef. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Dominicano 2015. Librería Jurídica Internacional, S.R.L : Santo Domingo. 2015
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5ª ed. Tecnos : Madrid, 1995.
- PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Marcial Pons : Madrid, 2010.
- PIVA, Gianni Egidio y PINTO, Trina. Amparo Constitucional. Caracas : Libresca. 2004.
- REYCANTOR, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional : México 2008.
- RIVAS, Rodolfo A. Contribución al Estudio del Amparo en el Derecho Nacional. En Carlos S. Fayts; Gregorio Badeni; Segundo V. Linares Quintana. *Derecho Constitucional Doctrinas Esenciales*, tomo IV, Buenos Aires: La Ley, 2008.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Cristóbal. Amparo y justicia administrativa. *Periódico Hoy*. 17 de octubre, 2011, Santo Domingo.

- RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal. *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 62, mayo / agosto 2001.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafíos del derecho procesal constitucional. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*. Editora Porrúa : México, 2006.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Compendio de derecho procesal constitucional. Astrea, Buenos Aires, 2009.
- SALVIOLI, Fabian. El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. XXXVII Sessió d'enseignement Institut International des droits de l'homme : Estrasburgo, 2006.
- STORY, Joseph. Comentario Abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América. Ed. Oxford : México, 1999.
- SUBERO ISA, Jorge A. Discurso Conmemorativo "Día del Poder Judicial. Audiencia Solemne del 7 de enero del 2006. Editora Taína : Santo Domingo, 2006.
- TAVARES, Froilán (hijo). Elementos de derecho Procesal Civil Dominicano. Volumen III. Los Recursos, Cuarta Edición puesta al día por Froilan J.R. Tavares y Margarita A. Tavares. Editora Centenario, S.A. : Santo Domingo, República Dominicana, 2017.
- TENA DE SOSA, Félix y POLANCO SANTOS, Yudelka. El amparo como proceso subsidiario: crítica al voto disidente de la TC/0007/12. *Crónica jurisprudencial dominicana*. Finjus : Santo Domingo, República Dominicana, 2012.
- TORRICELLI, Maximiliano. El Amparo Constitucional. En Segundo V., Fayt, Carlos S. y Badeni Gregorio Linares Quintana. *Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, 1936-2008*, tomo IV. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires: 2008.

- VALERA MONTERO, Miguel A. Hacia un nuevo concepto de constitución. Ediciones Pellerano & Herrera : Santo Domingo, 2006.
- VANOSSI, Jorge Reynaldo. Teoría Constitucional, t. II. Abeledo Perrot : Buenos Aires, 2013.
- Jurisprudencia Corte Constitucional 1992-2003. D.M.S. Ediciones Jurídicas, Bogotá D.C, 2005.
- La Jurisprudencia Constitucional en Latinoamérica. Rrad. M. Anzola Gil. Fundación Konrad Adenauer : Montevideo, 2002.
- VILLALOBOS, José Miguel. El Recurso de Amparo en Costa Rica. Konrad Adenauer Stiftung A. C., : Buenos Aires Argentina, 1999.
- XIFRAS HERA, Jorge. Curso de Derecho Constitución. Tomo I, 2ª edición. Bosch : Barcelona, 1957.

ABREVIATURAS

<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i> (de España)
<i>B.J.</i>	<i>Boletín Judicial</i>
c.	Contra
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
Comisión IADH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IADH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (España)
<i>DOCE / DOUE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas de la UE</i>
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia (<i>European Case Law Identifier</i>)
FJ / §	Fundamento jurídico / considerando / párrafo
GC	Gran Sala [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]
OC	Opinión Consultiva

PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos ONU
PIDSEC	Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales ONU
Rec.	<i>Recopilación de la jurisprudencia de los Tribunales de las CE/UE</i>
SCJ	Suprema Corte de Justicia
T	Tratado
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo (español)
UE	Unión Europea

