

# CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
EN CENTROAMÉRICA



CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

AGÈNCIA CATALANA DE COOPERACIÓ AL DESENVOLUPAMENT  
DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

CENTRO DE ESTUDIOS Y FORMACIÓN CONSTITUCIONAL CENTROAMERICANO



# CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL



# CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

## JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN CENTROAMÉRICA

*Editado por:*

CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

AGÈNCIA CATALANA DE COOPERACIÓ AL DESENVOLUPAMENT  
DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

CENTRO DE ESTUDIOS Y FORMACIÓN CONSTITUCIONAL CENTROAMERICANO

## BIBLIOTECA DE CATALUNYA - DADES CIP

Constitución y justicia constitucional : jornadas de derecho constitucional en Centroamérica

Bibliografía

ISBN 978-84-393-7695-8 (cart.)

I. Catalunya. Consell Consultiu II. Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament III. Títol: Jornadas de derecho constitucional en Centroamérica

1. Dret constitucional Congressos 2. Dret constitucional Amèrica Central Congressos 3. Poder judicial Congressos 4. Poder judicial Amèrica Central Congressos

342.4(061.3)

© Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

© Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya

Edición realizada por Rosa Esteve i Associats (esteve@rosaestev.com)

Jaume Amat, 18 - 08391 Tiana (Barcelona)

Impresión: Grup 3, SL

Depósito legal: B-9.149-2008

ISBN: 978-84-393-7695-9

## PRESENTACIÓN

PERE JOVER PRESA

*Presidente del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*

Durante la celebración del Foro sobre «Los procesos de paz en Centroamérica y las funciones de las Cortes de Constitucionalidad», en Barcelona, en abril de 2001, al que asistieron presidentes y magistrados representantes de las Cortes Supremas y de Constitucionalidad de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, se observó la necesidad de avanzar en la formación continuada de jueces, letrados y demás personal al servicio de la Administración de Justicia en materias relacionadas con la justicia constitucional y la protección de los derechos humanos. A tal efecto se propuso la creación de un Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano (CEFCCA) y se suscribió una declaración de intenciones (Declaración de Barcelona) a propuesta del Instituto Catalán de Cooperación Iberoamericana (ICCI), con el acuerdo de presentar el proyecto a las instituciones de Cataluña y así hacer efectiva su viabilidad.

El CEFCCA fue formalmente constituido en la reunión celebrada en San José de Costa Rica, con la asistencia de representantes de todas las Cortes Supremas y de Constitucionalidad actoras, además de la Corte Suprema de Panamá, de la Secretaría de Relaciones Exteriores de la Generalidad de Cataluña y del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña. Se eligió como Director del CEFCCA al magistrado Luis Fernando Solano Carrera, presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Posteriormente se puso en marcha la primera fase del proyecto, financiado

por la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo.

En esa primera fase se han organizado jornadas de estudio y reflexión en todos y cada uno de los países integrados en el proyecto, centradas en el examen de los problemas propios de la justicia constitucional y muy particularmente de su actuación como jurisdicción constitucional de la libertad, para la tutela de los derechos fundamentales. Estamos convencidos de que, dentro de las limitaciones propias de una actividad tan modesta, nuestra aportación ha contribuido a la mejora del sistema judicial de los diferentes países participantes y, consecuentemente, al avance hacia la consecución de un Estado de Derecho que sería inimaginable sin la presencia de un Poder Judicial independiente sometido exclusivamente a la ley y al derecho.

En el presente volumen se recogen algunas de las intervenciones realizadas en esas Jornadas, así como aportaciones sobre las distintas materias que han sido objeto de debate y examen en ellas, elaboradas por prestigiosos magistrados de las diferentes Cortes Supremas y de Constitucionalidad y por los consejeros del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña que participaron en su preparación y ejecución. Su contenido es una clara demostración del elevado nivel científico que se ha alcanzado en la preparación y realización de las diferentes Jornadas, y constituye un acicate para mejorar y profundizar el proyecto así iniciado durante los próximos años.

DAVID MINOVES I LLUCIÀ

*Director general de Cooperació al Desenvolupament i Acció Humanitària  
Generalitat de Catalunya*

La Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament (ACCD) gestiona las políticas de cooperación al desarrollo, a la construcción de la paz y a la acción humanitaria de la Generalitat de Catalunya para contribuir a modificar las relaciones norte-sur. El reto de la comunidad internacional para el desarrollo consiste en recuperar la promoción de las políticas públicas y las reglas colectivas y de reciprocidad entre iguales, la preeminencia del concepto de seguridad humana en los procesos de paz y una acción humanitaria independiente, neutral e imparcial. La Cooperación Catalana afronta este reto combinando el empuje de la sociedad civil con



la determinación de las instituciones catalanas, construyendo una política pública de cooperación que contribuya al desarrollo humano de personas y pueblos del Sur, en el horizonte de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de Naciones Unidas.

El concepto de cooperación que guía la ACCD está al servicio del desarrollo humano sostenible y como proyección y refuerzo de valores, entre los que se destaca la paz, el respeto a los derechos humanos y la democracia, los derechos de los pueblos, la defensa y la promoción de la cultura, la lengua y la identidad propias, el respeto al pluralismo y la diversidad, el principio de subsidiariedad y la participación democrática. En este sentido, desarrolla una actividad de apoyo directo a países menos favorecidos, pero también participa mediante instrumentos de cooperación institucional. De este modo la ACCD realiza sus objetivos a través de aportaciones y transferencias de recursos, de conocimientos y de capital humano.

Cataluña ha sido y es un país muy comprometido con la solidaridad internacional y la cooperación para el desarrollo y, por ello, se participa activa y decididamente en la construcción de un orden internacional más justo y solidario, en la redistribución equitativa de la riqueza, en el respeto a los derechos individuales y colectivos, en los valores democráticos y en la cultura de la paz. De este modo la ACCD proyecta en el mundo la realidad nacional catalana, a través de sus programas de cooperación y solidaridad con otros países.

Por último, la ACCD ha apostado por el programa de formación “Paz y constitucionalidad” en el que colaboran las instituciones centroamericanas, que desarrollan la justicia constitucional en sus respectivos países, esto es, las Cortes Supremas de Costa Rica, Honduras, El Salvador, Nicaragua y de Panamá, además de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, a las que se ha sumado recientemente la Suprema Corte de la República Dominicana. Este programa de cooperación se inscribe dentro de los objetivos de la Agencia descritos anteriormente y se ha desarrollado gracias a la colaboración institucional entre las Cortes Supremas y de Constitucionalidad citadas, el Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano, el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya y la propia ACCD. Concretamente, el programa ha despertado el interés de la ACCD: por un lado, porque entre los países participantes se encuentran tres de actuación prioritaria de la ACCD: Nicaragua, El Salvador y Guatemala. Por otro, porque el marco de referencia centroamericano indirectamente constituye también una gran ayuda a la consolidación de la paz y democracia en los países mencionados. Finalmente, el proyecto promueve el conocimiento

y la formación de jueces en el respeto a los valores constitucionales y los derechos humanos, que se ha desarrollado en las distintas jornadas organizadas, en las que han participado un millar de jueces de los países centroamericanos, lo que incide de modo mediato en la profesionalidad, imparcialidad e independencia de jueces y magistrados, que constituyen, a su vez, el primer eslabón del engranaje de la defensa jurídica de los derechos humanos y de la resolución pacífica de los conflictos sociales.

Barcelona, noviembre de 2007

CONSTITUCIÓN, JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
Y PODER JUDICIAL



# SUPREMACÍA Y EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN CON REFERENCIA AL SISTEMA COSTARRICENSE

LUIS FERNANDO SOLANO CARRERA<sup>1</sup>

*«La travesía ha sido larga pero el camino está despejado»<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA DE LA SUPREMACÍA Y LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN<sup>3</sup>

Me complace mucho participar en estas Jornadas, contando con el patrocinio de la Corte Suprema de Justicia de esta hermana República de El Salvador y su Sala de lo Constitucional, así como con el decidido apoyo económico del Gobierno de Cataluña y en particular del Consejo Consultivo de aquella comunidad autónoma.

---

1. Magistrado presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Director del Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano (CEFCCA). Vicepresidente del Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Academia Costarricense de Derecho. Miembro de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

2. LABEL, Revista del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Francesa, n.º 61, primer trimestre, Año 2006.

3. Básicamente, este texto corresponde a la conferencia que, con ligeras modificaciones y adiciones, fue dictada dentro de las Terceras Jornadas de Derecho Constitucional, que con el apoyo de la Generalidad de Cataluña, la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo, el Consejo Consultivo de Cataluña, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y el Centro de Estudios y Formación Constitucional Centroamericano (CEFCCA) se realizaron en la ciudad de San Salvador, entre los días 6 y 8 de febrero de 2006.

Creo que para conversar sobre supremacía y eficacia de la Constitución, han de hacerse algunas consideraciones acerca del sentido y origen de esa supremacía constitucional, porque, sin dar por establecida ésta, resulta utópico cualquier desarrollo que pretendamos de estos temas.

Quisiera, aunque sea muy de paso, mencionar que en la historia de lo que llamamos constitucionalismo se ha dado una lenta evolución, con avances y resistencias, incluso en ciclos históricos perfectamente definidos, si bien en los últimos decenios, y principalmente a partir de la segunda mitad del Siglo XX, hemos sido testigos de una dinámica impresionante en este campo.<sup>4</sup>

Para cualquiera de nosotros, el concepto de Estado constitucional y democrático de derecho es algo que nos hemos acostumbrado a citar, diría que lo mencionamos con gran facilidad pero, si reparamos en sus antecedentes y desarrollo, descubriremos que ha corrido mucha agua bajo el puente, para decirlo en términos coloquiales.<sup>5</sup>

El avance ha significado que, al menos en lo que llamamos mundo occidental, pasamos de un primer momento en que se trató solamente de poner algunos límites al poder del soberano, a otra fase muy importante en que, como nos señala Pérez Royo, «el problema pasa a ser el de la legitimación democrática del poder del Estado, es decir, el de la reconducción de la voluntad del Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad»<sup>6</sup>.

---

4. Claro que sobre esta cuestión hay abundante bibliografía. Pero, a riesgo de que parezca arbitrario, me permito señalar la existencia de al menos tres obras que ofrecen una visión comprensiva de ella. La primera, constante de varios estudios, todos interesantes, de reflexión política, jurídica y filosófica, contenidos en la colectiva a cargo de Francisco J. Laporta (editor-compilador), denominada *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. La segunda, *Estudios de Teoría Constitucional*, de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 2002. Y la tercera, de Luis Pietro Sanchos, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2003.

5. Por respeto a las sensibilidades que puedan existir, no lo digo en términos más crudos, pero casi en un sentido literal podría haberse afirmado que muchas instituciones y principios del constitucionalismo actual han sido perfilados a un costo altísimo de sangre y sacrificio. En el caso concreto de la región geográfica a la que pertenecemos, apenas estamos superando conflictos sociales severos y no en vano el presente Programa financiado con recursos de la Generalidad de Cataluña lleva por nombre oficial Los procesos de paz en Centroamérica y el papel de las Cortes de Constitucionalidad.

6. PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho Constitucional*, Octava edición, Madrid-Barcelona, 2002, p. 200.

Pero, a partir de allí, hemos venido dando pasos hasta llegar a una etapa que acompañamos en estos momentos, donde no solamente las Constituciones son instrumentos muy acabados, sino que esas Constituciones recogen una serie de grandes aspiraciones para la persona y su entorno, a través de enormes listados de derechos fundamentales, traídos al texto constitucional, o simplemente receptados a través de una cláusula de «autorruptura» que admite la misma Constitución, marcada también por la (omni) presencia de principios y valores.

Decir de un país que es un Estado constitucional y democrático de derecho<sup>7</sup>, entonces, pasa por un severo escrutinio de la realidad.

Hoy, pues, ya no nos debe bastar para ello que contemos con una Constitución política que emane del pueblo y en la que, como exigía temprana y certeramente el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, «estuviera asegurada la división de los poderes y la garantía de los derechos»<sup>8</sup>.

Hoy, ha de ser una constitución que recoja o adopte un respetable catálogo de derechos fundamentales, como referíamos atrás, y que sea capaz de dar cobijo a una serie de principios y valores básicos para la convivencia y el bienestar, acompañada también por determinados mecanismos para su interpretación y aplicación muy propios, en el sentido de que han de ser específicos o diversos de los que se utilizan con el manejo de la ley ordinaria.

Por eso es que en este escenario y con este enorme grado de vigencia que la Constitución alcanza en la fase en que nos encontramos en estos tiempos, y aunque pudiera prestarse a diversas percepciones, y suene un tanto exagerado, el Profesor Comanducci califica este modelo como «una constitución invasiva o una constitución invasora»<sup>9</sup>

«Las sociedades occidentales actuales pueden ser caracterizadas como *sociedades de derechos*, lo que quiere decir –entre otras cosas– que están sustentadas por un duro y generalizado esqueleto de leyes, especialmente de leyes destinadas a garantizar, definir y proteger una red de derechos individuales».<sup>10</sup>

---

7. En adelante, para simplificar, por Estado constitucional y democrático de derecho se utilizarán las siglas ECDD.

8. Artículo 16 (París, 26 de agosto de 1789).

9. COMANDUCCI, PAOLO. «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico». En Revista ISONOMÍA n.º 16, abril de 2002.

10. BIELSA, RAFAEL y GRAÑA, EDUARDO. *Justicia y Estado. A propósito del Consejo de la Magistratura*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 49.

Ha de insistirse en que, a estas alturas de la evolución del pensamiento jurídico y del sentimiento constitucional, sería ociosa una aproximación a tema tan capital como el de la «supremacía» que ahora nos ocupa, si no tuviéramos expresamente considerado lo que indica el Profesor Fernández Segado cuando señala que el carácter jurídico de un sistema constitucional lo tendrá en tanto que «contemple un conjunto de garantías para su efectividad»<sup>11</sup>. De aquí es donde surge la necesidad específica de que la Constitución cuente con mecanismos apropiados de defensa, entre ellos el de una garantía jurisdiccional, particularmente la que ofrece la justicia constitucional, que ha sido entendida, según nos señala Aguiar de Luque, como:

«un conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto hacer realidad en la vida jurídica de un país la operatividad normativa de la Constitución, esto es, dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto norma jurídica a la que de este modo han de adecuar su actuación los poderes públicos [...]»<sup>12</sup>

Con respeto, pero parafraseando a un pensador ilustre, la Constitución, «y sus derechos», vale lo que valgan sus garantías. Así de sencillo.<sup>13</sup>

Solamente entendiendo que la Constitución es norma y, además, norma superior, podemos empezar a hablar de un necesario despliegue de mecanismos y sistemas para su aplicación como tal.<sup>14</sup>

---

11. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *El Sistema Constitucional español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 477

12. AGUIAR DE LUQUE, LUIS. «Alcances y Límites de la Justicia Constitucional», Seminario sobre Justicia Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 1992, p. 70.

13. H.G. Hart, con el mismo sentido, lo dijo diferente: «los derechos no valen sino lo que valen sus garantías». Citado por MOLINO MOLA, EDGARDO, *La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Un Estudio de Derecho Comparado*. Diké Biblioteca Jurídica, Primera Edición, Medellín, Colombia, 1998.

14. «No existe por ello un Estado de Derecho si al mismo tiempo no se regulan y estudian en su justo sentido los mecanismos jurídicos que han hecho posible los derechos reconocidos en la Constitución y el ordenamiento jurídico. Mecanismos capaces de conseguir lo que es piedra angular desde 1978, la tutela efectiva de los derechos individuales y generales...» BURGOS, JUAN. «Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor», Madrid, 1990, p. 460.



## 2. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Tampoco en la evolución de esta cuestión, el camino ha sido fácil.

De allí que me pareció atinado encabezar esta ponencia con una cita de la revista oficial francesa LABEL que es una publicación especializada en temas de ciencia política y que en uno de sus últimos números incluye un estudio sobre el avance democrático y en derechos humanos que ha experimentado África. Precisamente la frase seleccionada hace mención a una travesía –seguramente penosa– que se ha tenido y al camino que hoy –afortunadamente– aparece despejado, lo que permite adivinar las vicisitudes experimentadas para que se acepten criterios y conceptos claros sobre el papel que juega la Constitución en la construcción del Estado y específicamente del Estado democrático.

Hay que decirlo también, en esta materia y dentro de las fuentes doctrinarias más usuales, le debemos mucho a los estudios del profesor García de Enterría, quien insistió en el valor de la Constitución como norma y no como mera carta de intenciones, particularmente en su conocida obra *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*<sup>15</sup>.

Pérez Royo, fundándose en Bartolomé Clavero, explica desde dónde parte la visión inicial de Constitución:

«En este sentido, la Constitución ha sido desde sus mismos orígenes el punto de partida político del ordenamiento jurídico. Pero una vez que lo posibilitaba, la Constitución quedaba fuera del ordenamiento jurídico, permanecía al margen del mismo. La Constitución no se convertía ella misma en norma jurídica, en un elemento del propio ordenamiento, sino que permanecía como premisa política, fuera del ámbito jurídico, que no comenzaba con la Constitución, sino con la Ley. La enumeración de las fuentes del derecho en el Título Preliminar del Código Civil así lo resaltaba con toda claridad. No sólo quedaba esta materia típicamente constitucional fuera de la Constitución, sino que, además ella misma no era siquiera mencionada como fuente del derecho, porque no lo era [...]»<sup>16</sup>

---

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Editorial Civitas S.A., Madrid, Primera edición, 1981.

16. PÉREZ ROYO, JAVIER. En «Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales». Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 12, Madrid, 1992, p. 234.

Este fenómeno, atribuido a la influencia revolucionaria francesa, pero que se trasladó con posterioridad a la América hispánica, tuvo sus consecuencias, como lo precisa la profesora García Martínez:

«Por otra parte, y esto tendrá mucha más influencia en la tardanza con que se recoge en Europa la técnica que tratamos, por la especial concepción del liberalismo inicial respecto del Poder legislativo; la vinculación de este poder con la nación o la comunidad, como fuente de poder y detentadora de la soberanía, confieren al poder legislativo y a su obra normativa sobre los demás poderes que llevará a plantear la imposibilidad de revisión de las leyes (concebidas como emanadas de la Nación soberana a través de sus representantes) por cualquiera de los otros órganos del Estado, que quedarán en todo caso por debajo del que ostenta la máxima representación de la nación. Esta proyección del principio de legitimidad democrática sobre la norma jurídica emanada por el Parlamento (que conecta al primer liberalismo con el principio británico de soberanía del parlamento) va a implicar también el que, durante la mayor parte del Siglo XIX las Constituciones no pasen de ser en la práctica, en Europa, textos declarativos de una organización política, sin contenido normativo directamente aplicable y garantizado».<sup>17</sup>

En esas circunstancias, es imposible dejar de mencionar la extraordinaria contribución del *Chief Justice* norteamericano, John Marshall, con su sentencia de 1803 en el caso *Marbury vs Madison*, que ha sido determinante en el papel que tendrá la justicia en adelante, y sobre cómo enfrentar el enorme desafío de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y otros actos.

Pero, a ese propósito, cabe mencionar también no sólo como una situación históricamente constatable, sino porque todavía aun en nuestro entorno se perciben ciertas actitudes tendentes a acallar el trabajo de los tribunales constitucionales, lo que tiene que ver con que en aquel momento, el Congreso de los Estados Unidos clausuró las sesiones de la Corte Suprema durante un año, en un intento de evitar que el Juez Marshall pudiera asentar principios tan decisivos para el futuro de la ciencia constitucional, entre los que vale traer a colación:

---

17. GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Editorial Trivium, Madrid, 1992, p. 46.

«[...] Así, la fraseología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y corrobora el principio, supuesto como esencial a todas las Constituciones escritas, de que una ley repugnante a la Constitución es inválida y que los tribunales, como los demás departamentos, están obligados por aquel instrumento [...]»<sup>18</sup>

Por eso, aunque el Profesor Pérez Tremps indica que pudo deberse a que «no tenía la conciencia muy tranquila», en relación a la jurisprudencia por él sentada, que yo diría más bien que pudo ser consecuencia de la presión política recibida, se sabe que, irónicamente, el Juez Marshall «propuso una apelación ante el Congreso contra los fallos de la Suprema Corte»<sup>19</sup>.

Valga agregar en el contexto de lo dicho que, especialmente cuando nos llevan al debate entre «ideales» y «realidades», me parece de un valor incalculable la cita atribuida a Jellinek, y que recoge Kriele, según Ricardo García Macho. Se atribuye a aquel gran jurista este pronunciamiento de enorme trascendencia:

«Sin América, sin las Constituciones de sus diferentes Estados, hubiéramos, tal vez (leamos en Europa), tenido una filosofía de la libertad, pero nunca una legislación que garantizase la libertad.»<sup>20</sup>

Nos importa rescatar una idea central en la materia y es la de que existe una relación directa entre el carácter normativo supremo de la Constitución y su consecuente eficacia o aplicación directa.

Y a este respecto, Alvarez Conde sostiene que el carácter normativo de la Constitución deriva, a su vez, del principio democrático, lo cual se puede encontrar en disposiciones usuales en sus textos, tal como el artículo 18 de la costarricense, que manda, entre otras cosas, que «los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes», con lo cual se descubre, además, que ya el texto no está dirigido solamente a los poderes públicos, como durante mucho tiempo se entendió (la Constitución como un mero instrumento

---

18. Vid. ORELLANA, EDMUNDO. *Justicia Constitucional en Honduras*, Editorial Universitaria, Universidad Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 1993, p. 32 y s.

19. PÉREZ TREMP, PABLO. En *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 31, citando a A. Carrillo Flores en prólogo a la Primera Edición de la obra de C. E. Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 10-11.

20. GARCÍA MACHO, RICARDO, *Las Aporías de los derechos fundamentales sociales*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 33.

político), sino que está dirigido a todos.<sup>21</sup>

Valga aclarar que aunque nuestras Constituciones mencionen a «los costarricenses», o a «los salvadoreños» como destinatarios de sus mandatos, ciertamente cae por su peso que sus disposiciones alcanzan no solamente a los nacionales del país, sino a cualquier habitante que se encuentre dentro del territorio en que aquella tiene vigencia.

De tal modo, es correcto decir, por ejemplo, que se trata de «la Constitución política de los salvadoreños», pero no lo sería entender que esa Constitución sea solamente para los salvadoreños.

Sabemos que, en la práctica, este criterio de igualdad no se aplica y, así como hay cuestiones en donde parece legítimo que el ordenamiento niegue plenitud de derechos a los extranjeros (acceso a cargos públicos o a ciertos cargos públicos, por ejemplo), también hay otras situaciones francamente lesivas de los derechos de los extranjeros, como no permitirles el ejercicio de algunas acciones de tipo judicial (por ejemplo, no poder acudir en recurso o acción de inconstitucionalidad contra una ley, como sucede en Nicaragua y El Salvador).

Ilustra, en el sentido progresivo de la interpretación constitucional, el caso del Tribunal español, que entendió que cuando el artículo 53.2 de la Constitución menciona «ciudadanos», en realidad este término debe tenerse como extensivo a los extranjeros.<sup>22</sup>

En verdad, como precisa Brewer Carías,

«si partimos del supuesto de que la Constitución es manifiestamente la voluntad del pueblo que debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, el primer y principal derecho constitucional que los ciudadanos tienen en un Estado de Derecho, es *el derecho a dicha supremacía*, es decir, al respeto de la propia voluntad popular expresada en la Constitución, como manifestación de la soberanía del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución [...]»<sup>23</sup>

---

21. ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, 4ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 157.

22. Sentencias 107/1984 y 99/1985, según cita de José Manuel Díaz Lema en *¿Tienen Derechos Fundamentales las Personas Públicas?*, Madrid, 1991.

23. BREWER CARÍAS, ALLAN. En *Nuevas Reflexiones sobre el Papel de los Tribunales Constitucionales en la Consolidación del Estado Democrático de Derecho: Defensa de la Constitución, Control del Poder y Protección de los Derechos Humanos*. Documento presentado en el I Encuentro de Salas y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana. San José, febrero de 2006.

### 3. LA SUPREMACÍA COMO UN *PRIUS* DEL ORDENAMIENTO

Por otra parte, hay que mencionar que la nota de supremacía constitucional, es un *prius* del ordenamiento jurídico. Existe aun cuando no se le encuentre materialmente en la Constitución.

Nos dice De Otto:

«En definitiva, si la Constitución es norma y, además, suprema, ello se debe a que suponemos que lo es, no a que su existencia y condición venga puesta por otra norma positiva, sino presupuesta por una norma lógica [...]»

Y luego, refiriéndose a que en la Constitución española sí tiene asiento a texto expreso, se permite agregar:

«Por qué esta norma puede prescribir tal cosa (que la Constitución es norma suprema) es pregunta sin respuesta en el propio derecho positivo [...]»<sup>24</sup>

A su vez, Murphy y Tanenhaus, sostienen:

«La naturaleza «preconstitucional» de estos requerimientos, fue reconocida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su primera decisión. Y en 1951 (caso South West) el Tribunal dijo que «*hay principios que son tan fundamentales que también atan a los escritores de la Constitución*». Sugiere la Corte la existencia de un orden, de una jerarquía de valores constitucionales [...] y dada tal jerarquía, es perfectamente posible que una provisión constitucional específica o una enmienda constitucional, aun sin oponerse a un apropiado procedimiento podría ser «inconstitucional», desde que el legislador puede inadvertidamente promulgar normas o protecciones de valor menos fundamental que entren en conflicto con aquellas que son más fundamentales [...]»<sup>25</sup>

En Costa Rica, y para mencionar solamente un funcionario clave, el Juez debe prestar «*juramento de observar la Constitución y las leyes*». Se crea, pues, una vinculación jurídica del juez con el ordenamiento, que debe ser también entendida rectamente, es decir, que tal vinculación lo ha de ser

---

24. DE OTTO, IGNACIO. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo, 1980, cit por J. Bastida Francisco, en *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, 1992, p. 142.

25. CIT. FINN JOHN E. *Constitutions in Crisis*, Oxford University Press, New York, 1991, p. 190

con estricto respeto del principio de jerarquía normativa.<sup>26</sup>

En términos operativos, como lo señala el Profesor Díez-Picazo, «la vinculación debe ser entendida como un deber jurídico de respeto y de observancia de los derechos fundamentales, como un deber jurídico de remoción de los obstáculos que existan para su plena efectividad y como un deber de proporcionar al titular del derecho el contenido constitucional de ese derecho [...]»<sup>27</sup>

Ha habido malas lecturas de esta cuestión, evidentemente.

Y todo ha tenido su origen en esa marcada tendencia a considerar que cuando los funcionarios prometen cumplir y observar «la Constitución y las leyes», da lo mismo a cuál de ellas respeten, puesto que siempre estarán siguiendo el mandato constitucional. Es evidente que no puede ser así, ya que en el marco de la lógica, el respeto se deben tanto a la Constitución, como a las leyes, pero a estas últimas sólo en la medida en que se conformen con aquella. En otras palabras, siendo la Constitución el marco de referencia para la actuación de los poderes públicos, nadie está autorizado por el sistema para pasar por encima de lo que dispone la Constitución del Estado, bajo el prurito o con el argumento de que se está obedeciendo una ley del Estado.

Como nos dice Walter Rudolph,

«La Constitución es la ley más alta de un Estado y de su pueblo.

El que cree tener que proteger el Estado pasando por encima de la Constitución y sus garantías, no protege el Estado, sino que contribuye a que el Estado quede cuestionado. Hace daño a la Constitución, hace daño al Estado y hace daño a su pueblo.»<sup>28</sup>

Es cierto que nuestra cultura jurídica, mayormente tributaria de la Revolución Francesa, ha llevado a una maximización del respeto a

---

26. Así lo recoge el «Estatuto de la Justicia y derechos de las personas usuarias del sistema judicial» de Costa Rica (art. 18, Principio General de Independencia), que a su vez se inspira en diversos documentos relativos al estatuto de los jueces, tanto en Europa, como en América Latina.

27. DÍEZ-PICAZO, LUIS. *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 290, cit por mí en *Aplicación Directa de la Constitución* (El caso Costa Rica), Revista Judicial n.º 61, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1995, p. 43.

28. RUDOLPH, WALTER. «Condiciones necesarias para la realización y protección de la Constitución», en *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1994, p. 207 y ss.

la ley, como expresión de la voluntad general. Pero esa posición, que históricamente tiene una justificación, hoy no se sostiene y resulta ya un abierto anacronismo seguir anclado en aquel lejano pasado, repitiendo o asumiendo que el juez sea la boca que pronuncia las palabras de la ley, según la receta de Montesquieu. Anacronismo que se refleja con más claridad en la misma Francia, donde no existe posibilidad del control de constitucionalidad *a posteriori*, pues el Consejo Constitucional únicamente tiene en sus manos un control previo. Para poner de manifiesto esa concepción sobrevalorada de la obra del legislador ordinario y que en el máximo tribunal francés, la Corte de Casación, se encuentra representada en «la Gran Cámara», con una magnífica pintura de Paul Baudry, que como no podía ser de otra manera, lleva el nombre de «*La glorificación de la ley*».

Mientras tanto, y solamente para hacer un contraste en este punto, en España, bajo otras influencias en esta materia, se encuentra uno con una pintura de Goya, no menos imponente, dedicada al «*Nacimiento de la Constitución*».

Dos visiones, dos valores y dos consecuencias muy diferentes una de otra.

#### 4. RECONOCIMIENTO CONCRETO DE SUPREMACÍA A TRAVÉS DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ya señalábamos que, si bien en muchos casos la Constitución misma no se ocupa de exhibir su condición de suprema, es lo cierto que al disponer la creación de un tribunal constitucional y asignarle determinadas competencias y muy particularmente las del control de la constitucionalidad de las normas, implícitamente se está ocupando de establecer un mecanismo de protección a aquella supremacía.

Como lo expresa insuperablemente Mauro Cappelletti, la justicia constitucional constituye «*un valor constitucional necesario para cualquier forma de gobierno democrático*».<sup>29</sup>

Este es el caso de Costa Rica, pues en su numeral décimo se crea el Tribunal para entre otras cosas, «*declarar la inconstitucionalidad de las normas*

---

29. CAPPELLETTI, MAURO. *La Influencia de los valores constitucionales sobre la forma de gobierno: el papel de la justicia constitucional*, Cuadernos Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público». <sup>30</sup>

En complemento a la disposición constitucional, la Ley de la Jurisdicción Constitucional pone puntos sobre las íes al tema, al indicar que esta ley «tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica» <sup>31</sup>.

Porque habremos de coincidir en algo importante. Una Constitución sin un defensor *ad hoc*, resulta fácil presa, ante el poder político, que en ocasiones se ejerce con enorme arrogancia, pero también presa de otros poderes institucionales y fácticos no menos importantes, que en nuestro entorno tienen un enorme peso y vigencia.

El Tribunal Constitucional es un juez especializado en su materia, especialización que le facilita ir desarrollando unas técnicas de interpretación muy particulares y a la vez utilizar determinados criterios o parámetros, muy específicos en la preservación de la supremacía de la Constitución.

Sí debemos tener claro que la existencia de un Tribunal Constitucional, como lo indica Álvarez Conde, *no es presupuesto para que la Constitución sea norma jurídica, y norma jurídica suprema, sino más bien una consecuencia de tal condición.* <sup>32</sup>

Precisamente porque es norma suprema, se coloca como su defensor inmediato al Tribunal Constitucional, con una nota de especial reconocimiento y consideración en el propio sistema. En el caso de España, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le asigna a este la función de «intérprete supremo» de la Constitución. En Colombia, por ejemplo, tiene la función de «guardar la integridad y supremacía de la Constitución» (artículo 241 de la Constitución). Y ya que en ocasiones molesta la calificación de que haya un intérprete «supremo» de lo que ya de por sí es norma suprema, basta admitir que el Tribunal Constitucional al menos sí es intérprete último, o intérprete definitivo, dada su colocación en el sistema institucional, que le reserva la Constitución misma.

---

30. Artículo 10, según la reforma operada por la Ley 7128, de 18 de agosto de 1989.

31. Artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

32. ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Op. cit.* p. 154.



Así, tan estrecha llega a ser la relación de un tribunal constitucional con la Ley fundamental, que en su labor de interpretarla y aplicarla, ha dicho la citada Corte colombiana, «entre la Constitución y la Corte constitucional, no puede interponerse ni una hoja de papel»<sup>33</sup>.

Por eso resulta tan determinante para la conceptualización de supremacía constitucional, la existencia de un órgano especializado que acometa esa tarea que, como también adelantábamos, le corresponde al Tribunal Constitucional. En términos amplios, éste persigue dotar de virtualidad jurídica al texto constitucional, según las palabras que citábamos del profesor Aguiar de Luque.<sup>34</sup>

En adición a lo anterior, el Profesor Pérez Tremps indica no sólo que la existencia de un Tribunal Constitucional es indispensable, sino su rango en el sistema:

«Ahora bien, la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales no es una imposición derivada solamente de criterios de confianza, sino una imposición de la lógica jurídica. De nuevo cabe recordar que, existiendo un Tribunal Constitucional, y siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento, que le da coherencia y unidad, ha de ser el Tribunal Constitucional este supremo órgano jurisdiccional; otra cosa, conduciría a un ilógico que podría generar lo que con licencia se ha calificado de “esquizofrenia jurídica”, al permitir un doble frente de interpretación “última” de la Constitución [...]»<sup>35</sup>

También resulta cierto que en relación al legislador, la existencia de un Tribunal Constitucional puede molestar, porque al menos inicialmente se visualiza como una (posible) injerencia en el quehacer de un órgano de representación popular por antonomasia. No obstante, la doctrina más calificada se ha encargado de descartar alguna herejía al respecto, aduciendo que «asegura al legislador el privilegio de no ser controlado por cualquier juez, sino solamente por una corte especial, cuya composición

---

33. Cit. por LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El Derecho de los Jueces*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2000, p. 16.

34. *Supra* nota 9.

35. PÉREZ TREMP, PABLO. «Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador». En «Autonomía y Justicia en Cataluña», VII Seminario organizado por Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. GESMAX SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003, p. 90.

podiera tener en cuenta las implicaciones institucionales de dicho control [...]. Sobre la base del modelo austríaco, durante los últimos ochenta años, la Corte Constitucional se ha vuelto una instancia irrenunciable para la democracia (especialmente en occidente) como medio de solución de las controversias entre los diversos titulares del poder estatal y como sede para controlar el ejercicio del legislador en nombre de la Constitución, superando definitivamente las viejas ideas de la soberanía parlamentaria y la consiguiente imposibilidad de someter a control alguno a la ley»<sup>36</sup>.

En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional ha llegado a más, porque incluso ha expresado fuertes reparos a una tendencia del legislador ordinario que, ubicado en su papel de reformador de la Constitución (constituyente derivado), la ha manipulado en ocasiones con bastante ligereza y, si se quiere, con la consecuente torpeza originada en las cosas hechas irreflexiva o coyunturalmente. Así, con ocasión de la modificación al artículo 24, que consagra el derecho a la intimidad, consultada preceptivamente la Sala (por mandato de la propia Constitución para el caso de su reforma), hubo una especie de diferendo conceptual, ya que la Asamblea legislativa o su presidente entendió que la Sala excedía su competencia, al hacer señalamientos sobre el fondo de la reforma constitucional en curso, lo que permitió que el Alto Tribunal respondiera:

«[...] Cuando en el párrafo transcrito se dijo que la reforma constitucional sólo debe utilizarse en casos calificados de excepción, lo que se hizo fue destacar un principio esencialmente vinculado al concepto democrático de Constitución, según el cual ésta no es un mero programa de gobierno, ni una mera toma ideológica de posición, sino un cuerpo de normas, principios y valores fundamentales, por cuyo cauce debe correr la vida de toda la sociedad, nacidos de un consenso lo más cercano a la unanimidad posible; normas, principios y valores que, por su mismo carácter de fundamentales, no deben estar sujetos a constantes modificaciones ni, mucho menos, al vaivén de mayorías parlamentarias transitorias [...]»<sup>37</sup>

Por más que tenga un impacto en el destinatario (el Congreso), en esto, el Tribunal no inventa nada, ni se refiere a situaciones fantasmales, sino a

---

36. CELOTO, ALFONSO. *El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia*. Roma Tre. Università degli Studi. Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, República Argentina, año 2005, p. 8.

37. Sentencia de la Sala Constitucional número 1991-0720, del 16 de abril de 1991.

realidades muy concretas. Realidades, por cierto, que ya habían detectado y apuntado certeramente mentes tan preclaras al pensamiento jurídico, como la de Hans Kelsen, quien lo apuntaba a inicios del Siglo XX según el comentario que de él hace Maurizio Fioravanti:

«Sin embargo, en Kelsen esta primacía nunca se traduce en soberanía del Parlamento, ya que la ley que de ese Parlamento emana mantiene su posición de supremacía en el sistema de las fuentes del derecho, y su misma validez, en cuanto corresponde –en las formas y en las reglas de procedimiento que han conducido a su adopción y en sus contenidos– a ese ideal de pluralismo que anima desde la base toda la concepción kelseniana de la democracia.

Pero cuando esa ley se propone como puro acto de la voluntad de la mayoría, como instrumento de dominio de algunos intereses sociales sobre otros, para Kelsen es absolutamente necesario poner un límite a la ley, ya que en esa situación está en juego la misma constitución entendida como *principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas.*»<sup>38</sup>

## 5. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN LA MATERIA

### 5.1. *El sistema de justicia constitucional*

Creo que debo referirme al importante tema de la jurisdicción ordinaria, aunque antes y de manera breve intentaré resumir las particularidades del sistema de justicia constitucional que actualmente rige en mi país.

En efecto, mediante la reforma constitucional operada en 1989, se creó una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia<sup>39</sup>, para

---

38. FIORAVANTI, MAURICIO. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Bolonia, 2001, p. 157.

39. Por Ley 7128, de 18 de agosto de 1989, se reformaron de la Constitución Política los artículos: 10, que otorga a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia la materia de control de constitucionalidad y defensa de los derechos fundamentales; 48, que contempla los recursos de hábeas corpus (para garantizar la libertad e integridad personales) y amparo (para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en la República), en ambos casos otorgándole competencia a la Sala Constitucional; y 128, que otorga otra competencia a la Sala Constitucional para decidir sobre el fondo, cuando el Poder ejecutivo interponga veto por razones de inconstitucionalidad contra una ley aprobada por la Asamblea legislativa.

ejercer de Tribunal Constitucional concentrado, con amplias atribuciones, eliminándosele tal condición a la Corte Suprema de Justicia en pleno, que conocía de los recursos de hábeas corpus y de inconstitucionalidad (así llamado hasta entonces). También se eliminaron competencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que conocía de los recursos de amparo contra actos de ciertas altas autoridades del Estado (presidente de la República, ministros de gobierno, gobernadores de provincia especialmente); y a los jueces penales de todo el país cuando el amparo era dirigido contra actos de cualesquiera otras autoridades administrativas. Esos eran los procesos que existían, de estilo clásico y regidos por leyes de procedimiento bastante arcaicas y dispersas. Se mantuvieron los procesos que tradicionalmente se han reconocido en la materia, pero se ampliaron las hipótesis en que se aplican y crearon nuevas vías de defensa de la Constitución. Este es el cuadro resumido de lo que rige a la fecha:

En materia de hábeas corpus:

- Protege la libertad e integridad personales en relación a actos u omisiones de cualquier autoridad, incluso judicial, y de las amenazas a esa libertad y cualquier restricción indebida de ella, o también del derecho de trasladarse de un lugar a otro dentro del territorio de la República y de libre permanencia, salida e ingreso al territorio nacional.
- Este mecanismo procesal también se aplica para proteger a las personas contra tratamientos crueles o degradantes, o que atenten contra su dignidad, provenientes de cualquier autoridad, no importa, incluso, si estuviéramos ante una detención legalmente decretada, porque el sistema permite revisar una ilegítima incomunicación del afectado, por exceder los plazos constitucionalmente previstos, o porque la incomunicación es utilizada por las autoridades para obtener ventajas ilegítimas del detenido (al margen del control jurisdiccional o con la complicidad judicial).
- El hábeas corpus también es aplicable cuando se esté descontando una pena de prisión legalmente impuesta, si la prisión se cumple en condiciones ilegítimas, a la luz de los parámetros constitucionales o de instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.
- Ha de tomarse en cuenta que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dictada para acompañar la reforma constitucional citada, recogiendo el mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, derogó todas las disposiciones legales que contemplaban diversos tipos de arresto y prisión, en casos de concursos, quiebras, insolvencias, no presentación de bienes dados en prenda, etc., dejando a salvo la prisión con motivo del incumplimiento de la obligación

de alimentos familiares (que aun algunos se resisten a no entender como una prisión por deudas).

En materia de *amparo*:

- Un tema relevante en este instituto, es que se introduce la opción del amparo contra actos provenientes de sujetos de derecho privado, cuando éstos se encuentren en el ejercicio de funciones o potestades públicas, o cuando de hecho o de derecho se encuentren en una posición de poder, siempre que otros remedios jurisdiccionales (ordinarios) se consideren claramente insuficientes o tardíos para la protección de los derechos fundamentales en juego.
- Se establece la procedencia del amparo 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 los otros derechos constitucionales distintos de la libertad, o de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país.
- Siguiendo con el carácter expansivo con que lo trata la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el amparo procede no solamente contra actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.
- En este «nuevo» modelo de amparo se mantiene el principio de que no procede contra leyes u otras disposiciones normativas de carácter general, pero se crean mecanismos de excepción para cuando en el amparo se impugnen conjuntamente las disposiciones o normas y los actos de aplicación concreta, o cuando se trate de normas de aplicación automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente, por su sola promulgación, sin la necesidad de otras normas o actos que los hagan aplicables al perjudicado. En ambos casos, tales impugnaciones en amparo van a servir para alzarse en la promoción de la inconstitucionalidad de la norma o disposición en cuestión.
- Otro tanto sucede cuando, impugnado un acto específico, la autoridad informa que lo ha hecho en base a una previsión legal que le da cobertura a su actuación, pues, en tal hipótesis, la ley dispone que se suspenda la tramitación del amparo y se otorgue plazo al afectado para que interponga la acción de inconstitucionalidad. Como se ve, en estos casos la ilegitimidad de lo impugnado va a depender en forma inmediata de lo que se decida en la acción de inconstitucionalidad, sea que se declare inconstitucional

o no, la norma fundante del acto que se cuestiona. Es lo que en el argot de la justicia constitucional costarricense se conoce como «conversión del amparo».

En cuanto a la *acción de inconstitucionalidad*:

- Se establece este mecanismo procesal no sólo contra leyes en el sentido formal, sino contra otras disposiciones normativas de carácter general, que infrinjan por acción u omisión, alguna norma, valor o principio constitucionales, o contenidas en algún instrumento internacional de derechos humanos vigente en el país, porque los tratados y convenios internacionales en general, pero también y especialmente los citados de derechos humanos, se constituyen en parámetros de constitucionalidad.

La Ley de la Jurisdicción constitucional crea para la Sala Constitucional *nuevas competencias*:

- Tenemos, en primer lugar, las llamadas «cuestiones de constitucionalidad», las consultas que formula la Asamblea legislativa y que son de dos tipos: preceptiva, cuando se trate de aprobar tratados o convenios internacionales, reformas a la Constitución política (verificación de respeto al procedimiento previsto) y la reforma a la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional, este último caso como una manera de que el propio Tribunal Constitucional tenga control de lo que legislativamente se pretende hacer en relación a la protección de derechos fundamentales o a las competencias originalmente atribuidas a aquel; y la consulta facultativa, cuando se trate de la aprobación de cualesquiera otros proyectos de ley, siempre que la consulta sea formulada por al menos una quinta parte de los Diputados que integran la Asamblea legislativa. En el caso de la consulta facultativa ha de ser una petición debidamente motivada sobre las bases que se tienen para la queja de constitucionalidad. La consulta preceptiva la formula el Directorio legislativo, no se requiere ningún tipo de razonamiento y más bien corresponde a la Sala el estudio de oficio de los vicios que pueda tener el proyecto en cuestión. En todo caso, ésta debe suspender la aprobación definitiva del proyecto, hasta tanto la Sala no se pronuncie en el término de un mes que fija la ley. Y de la opinión que vierta la Sala, el Congreso solamente queda vinculado por el señalamiento que se le haga de haberse encontrados vicios esenciales del procedimiento seguido. Todo lo anterior no hace precluir el que, una vez promulgada la ley en cuestión, se pueda impugnar a través de los mecanismos de control de constitucionalidad.

- Las *consultas formuladas por los jueces*, que también son de carácter *preceptivo*, cuando se promueva ante ellos recurso de revisión formulado contra una sentencia condenatoria penal firme, en el que se alegue que su imposición ha sido en violación del debido proceso o del derecho de audiencia y defensa. La *facultativa* está prevista para cuando cualquier juez estime inconstitucional la norma que deba aplicar, o un acto u omisión que deba juzgar. En esta última hipótesis, ha de ser una petición motivada y se suspende el dictado de la sentencia hasta tanto la Sala no se pronuncie.
- Se atribuye a la creada Sala el conocimiento de conflictos constitucionales, que son conflictos de competencia surgidos entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. O, también, conflictos de competencia entre los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de derecho público, en tanto revistan tales conflictos, carácter constitucional.

Todo este resumen se ha consignado a los efectos de establecer que, en mi opinión, a la Sala Constitucional creada en 1989, se le ha concedido la atribución de oficiar como tribunal constitucional de manera concentrada en grado máximo. Se trata, como he dicho, de competencias ampliadas y ultra concentradas en un solo Tribunal y ese es el esquema escogido por la Constitución política. No hay parangón en la historia del país y pocos países de la región pueden exhibir tal cúmulo de competencias en su tribunal constitucional. Aparte de ello, la Sala, como también he afirmado en otras ocasiones, ha ejercido sus competencias a plenitud, por lo que, en caso de duda, aplica criterios *pro actio* o pro jurisdicción constitucional.<sup>40</sup>

## 5.2. El papel específico de la justicia ordinaria

Explicado lo anterior sobre el protagonismo reservado a la justicia constitucional en mi país, surge la pregunta acerca del papel que se le reserva a la jurisdicción ordinaria en materia de la defensa del principio de supremacía de la Constitución, o de la protección de los derechos fundamentales.

---

40. Vid. mi artículo «Sala Constitucional y Corte Suprema de Justicia en Costa Rica. ¿Armonía o Conflicto?». En Revista *CONTRIBUCIONES*, Fundación Konrad Adenauer, n° 3/2002, Buenos Aires, pp. 231-276.

A dos puntos muy concretos me referiré.

a) *El Juez como garante de derechos fundamentales*. Para empezar, hay que afirmar que *todo* juez/jueza lo es de la Constitución, en la medida que ésta se constituye en el parámetro por excelencia de las actuaciones jurisdiccionales. Hay (o ha de haber) un «*hilo de oro*» que une toda actuación y toda resolución jurisdiccional, particularmente las sentencias que dirimen los conflictos jurídicos, con la Constitución, y esto es lo que en definitiva legitima el quehacer de jueces y juezas.<sup>41</sup>

Esto es lo propio de la justicia en el Estado constitucional y democrático de derecho, al que no le es indiferente el tipo de justicia que se imparta. Según he afirmado en otros momentos, la Constitución exige que la justicia se brinde en condiciones de accesibilidad, de transparencia, de previsibilidad, de probidad, de prontitud (celeridad), de probidad, en la medida de lo posible con gratuidad y que sea justicia de calidad. Aquí podría detenerme en detalles, pero está claro que tal no es el propósito de esta ponencia.<sup>42</sup>

Como sostiene Perfecto Andrés Ibáñez, cada juez se constituye en la primera línea para la defensa y protección de los derechos fundamentales.

«Puede ser considerada –la jurisdicción ordinaria– como el ámbito natural y primario de protección de los derechos fundamentales.»<sup>43</sup>

Esa es su tarea más delicada en el ejercicio de la importante función jurisdiccional.

---

41. «Hilo de oro» es una expresión utilizada por el procesalista uruguayo, y posiblemente la máxima figura de la academia procesal en América, Eduardo J. Couture (Conferencias dictadas en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, en Tegucigalpa, en 1958, según grabación de la Radio Nacional de Honduras, facilitada al autor por el jurista D. Roberto Ramírez).

42. «Asumimos hoy, y pacíficamente, la necesidad de que el Poder Judicial se adecue a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las expectativas y deseos expresados por diversos sectores y agentes sociales, así como que adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas y sentidas necesidades. Deben quedar atrás de forma definitiva el hermetismo, el mutismo, el autismo, el secretismo, y otros “ismos” de igual tono, que tradicionalmente ha mostrado el sistema judicial y quienes lo componen, poco propensos a trabajar de frente a las personas, a dar cuenta de sus actos, etc, para dar paso a un estilo de trabajo en donde se tenga como eje una cultura del servicio, en la que la dignidad y los derechos de las personas que acuden en demanda de justicia sean protegidos, y en donde la intermediación y la transparencia en todas las actuaciones, sea lo esencial, a fin de que se realice la “justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”, como manda nuestro texto constitucional y que –más modernamente– podemos traducir como un derecho a la “tutela judicial efectiva”. O tutela judicial plena [...]» Solano, Luis Fernando: en Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del sistema judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

43. Cit. por DÍEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.* p. 292.



Reitero: esa es la más importante tarea de todo juez o jueza.

No obstante, en mi país existe una reserva de nivel constitucional que otorga a la Sala Constitucional la competencia de declarar la disconformidad de las leyes y otras normas de carácter general con la Constitución, sus valores y principios. Esto es, excluye a cualquier otro tribunal de hacerlo, contrariamente a lo que es usual en el sistema difuso de control de constitucionalidad.

La propia Sala Constitucional tuvo oportunidad de validar la constitucionalidad de lo anterior, en la sentencia 1185-95, de 2 de marzo de 1995, al decir:

«En resumen, pues, los jueces del orden común, en el sistema de justicia constitucional costarricense actual, no pueden desaplicar para el caso concreto ningún acto o norma que estimen inconstitucional, pues si al momento de decidir, y por tanto de aplicar una norma cualquiera, llegaren a cuestionarse su constitucionalidad, deberán formular la consulta motivada ante la Sala Constitucional. Excepto, como se dijo, que existan precedentes o jurisprudencia que enmarquen el caso bajo examen en los términos, supuestos y criterios con que actuó la Sala Constitucional en aquéllos, pues entonces allí encuentra el juez del orden común un margen de decisión vinculante. Si el papel de un Tribunal Constitucional es, entre otros, unificar la interpretación del ordenamiento desde el punto de vista constitucional, es decir, de arriba hacia abajo, entonces sus decisiones producen una vinculación *erga omnes*, como lo expresa la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en un efecto informador y conformador que, por tanto, alcanza la tarea de todo juez en el punto o materia ya resuelto por la Sala Constitucional.

Aquí debe insistirse que no se parte de ni se tiende a la figura de un juez hierático, acrítico, sometido pura y simplemente al poder de la ley ordinaria, ya que, como queda claro del sistema costarricense, sabiamente se rescata el papel crítico y dinámico del juez, cuando se le ofrece la posibilidad de incorporarse como un elemento de la jurisdicción constitucional, a través de la consulta judicial que, en ejercicio pleno de razonamiento crítico, puede –“debe” según la norma– formular ante la Sala especializada [...]»<sup>44</sup>

---

44. Esta sentencia no fue unánime, pues hay un voto disidente suscrito por dos de los siete Magistrados que integran el Tribunal según el cual, junto a la mencionada competencia que se atribuye a la Sala Constitucional, coexiste la de cada juez o jueza del orden común de desaplicar normas que estimen inconstitucionales, siempre que sea para el caso concreto y con valor *inter partes*. No obstante, se mantiene a la fecha la tesis mayoritaria, como jurisprudencia constitucional, no obstante que luego del año 1995 se han planteado nuevas demandas sobre el tema, aunque sin éxito en la modificación del criterio prevaleciente.

b) *Prohibición de amparo contra resoluciones jurisdiccionales*. Esta es otra cuestión que ha generado polémica. La Constitución establece en el artículo 48:

«Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y *al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en la República [...]*»

La Constitución reconoce, tanto en el hábeas corpus como el amparo, un derecho incondicionado al servicio de la persona.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional es consecuente en cuanto al primero, ya que el artículo 15 lo concede contra actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, «*incluso judicial*».

No obstante, en materia de amparo, por mandato del artículo 30 inciso b), «*no procede*» contra resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.

Esta cuestión, como es obvio, ha sido impugnada en acción de inconstitucionalidad en varias ocasiones, siendo persistente la Sala en desestimar los cuestionamientos que se han formulado, de lo cual discrepo, según expondré de modo sucinto posteriormente.

Los razonamientos de la Sala para desestimar han sido extensos, no obstante lo cual tenemos una idea de sus fundamentos en dos párrafos de alguna de las sentencias que ha dictado al efecto. Ha dicho:

«El sistema judicial costarricense tiene en todas las jurisdicciones –sin excepción–, mecanismos jurídicos suficientes que garantizan –en cualquier materia–, [que] las decisiones de los jueces sean revisadas por un superior en una o varias instancias, para garantizar la supremacía de la Constitución y la ley [...].

La decisión del legislador de optar por un mecanismo procesal distinto al del amparo para garantizar los derechos fundamentales frente al juez, obedece probablemente al reconocimiento de esa jurisdicción ordinaria como capaz de garantizar a través de las distintas instancias y remedios jurisdiccionales ordinarios, la supremacía de la Constitución y la ley.

Naturalmente que el hábeas corpus, por disposición expresa de la ley, sí es oponible frente a las autoridades jurisdiccionales en los términos

contemplados en los artículos 10, 48 de la Constitución y 15 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional [...]»<sup>45</sup>

Por otra parte, si vamos a lo que sucede en el entorno centroamericano, es usual el reconocimiento de que los jueces pueden ser tan infractores de los derechos fundamentales como cualquier otra autoridad del Estado.

Desde el inicio de la discusión de este tema, mi posición es discrepante en relación a la mayoría de la Sala Constitucional. Si la Constitución no hace ninguna excepción, y pueden impugnarse actos u omisiones provenientes de cualquier autoridad pública, ¿cómo puede la ley secundaria venir a hacer una excepción de este tipo?

¿A qué criterios obedece esta impunidad que se concede a las jurisdicciones civil, laboral, contencioso administrativa, comercial, etc., como si en estas áreas no se produjeran lesiones a derechos fundamentales respecto de las partes y hasta para terceros?

Nótese solamente que la Sala indica que en materia penal (para el hábeas corpus), la situación es diferente porque la Ley así lo dispuso. No, para mí este argumento es inconsistente, pues la solución no depende de que la ley así lo disponga, como concesión graciosa, sino que se trata de un deber que deriva directamente de la forma en que se redactó el artículo 48 Constitucional, *supra* transcrito.

Porque, por otra parte, afirmar que como existe recurso de alzada contra lo resuelto en sede civil, o laboral, entonces allí se satisface el derecho de las personas, implicaría concluir también, que entonces no haría falta un recurso específico de hábeas corpus para impugnar los actos de juez que atenten contra la libertad.

Así, todo se resolvería intraprocesalmente, sin necesidad de que la jurisdicción constitucional tuviera «injerencia» en ello.

El viejo símil de poner a los ratones a cuidar el queso.

Es pacíficamente aceptado, por el contrario, que, con relación a la jurisdicción penal, no obstante, se prevea un recurso simple (como el hábeas corpus) ante el Tribunal Constitucional, cuando en aquella sede se afecten el derecho de libertad ambulatoria, o se atente contra la dignidad e integridad personales. No tiene excusa el que otros derechos tan respetables como el debido proceso, o de fondo, como el trabajo, el comercio, el ambiente, puedan

---

45. Sentencia de la Sala Constitucional, número 2000-06325, del 19 de julio de 2000.

ser lesionados por jueces de distintos órdenes y no haya posibilidad de acudir en amparo por ello y permanezcan inmunes a cualquier revisión constitucional.

Pero, en fin, ya dije que en esto soy opinión minoritaria en mi Tribunal y aunque me reafirmo cada vez más en mi tesis, no voy a insistir en ello.

## 6. CRITERIOS UTILIZADOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La especialización de un órgano jurisdiccional, al cargo del tema constitucional, rinde frutos inmediatos a través de los criterios que utiliza en el manejo y aplicación de normas, criterios y parámetros de interpretación y aplicación. Sobre eso me detendré en lo que sigue de mi exposición.

Es universalmente aceptado y existe profusa doctrina sobre el particular, porque, en efecto, se requieren técnicas de interpretación muy propias de la disciplina, diferentes a las de otras áreas del derecho, pero, de todas formas, estamos ante una labor interpretativa nada sencilla, por más que el carácter que tiene el Tribunal Constitucional como supremo, definitivo o último, parezca sugerir que se trata de algo que cae por su peso.

### 6.1. *El criterio de supremacía propiamente tal*

Partiendo de esta primera y esencial cuestión, la jurisprudencia de la Sala Constitucional se ha extendido sobre aspectos que no por entendidos, deban dejar de expresarse, en relación con lo que implica el principio de supremacía constitucional.

Así, por ejemplo, ha dicho que

«El Derecho de la Constitución les vincula directamente [refiriéndose a los jueces en general] y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable, lo mismo que deben interpretar y aplicar todo el resto del ordenamiento en estricta conformidad con sus normas y principios [...]»<sup>46</sup>

---

46. Sentencia de la Sala Constitucional, número 2000 (1.452, de 11 de febrero de 2000). Advirtiendo sobre el particular, únicamente, que en esta sentencia, pero de modo reiterado, también ha establecido la Sala que en el sistema concentrado de control de constitucionalidad

En la misma tesis de la aplicabilidad directa de la Constitución, ha dicho la Sala:

«La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo [principio de supremacía] del cual se derivan una serie de consecuencias, entre las que está el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos [...]. Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma [...]»<sup>47</sup>

En esto la Sala no innova, sino que más bien se apoya en lo que sobre el particular ha venido señalando en forma consistente la doctrina constitucionalista. Así, por ejemplo, lo señalado por el profesor Díez-Picazo:

«La vinculación debe ser entendida como un deber jurídico de respeto y de observancia de los derechos fundamentales, con un deber jurídico de remoción de los obstáculos que existan para su plena efectividad y como un deber de proporcionar al titular del derecho el contenido constitucional de ese derecho. La inobservancia de esta regla o de este deber comporta indiscutiblemente ilicitud y determina la nulidad del acto de los poderes públicos que así se produzca [...]»<sup>48</sup>

De la misma manera, entonces, que no se requiere una norma de desarrollo de la que a su vez contiene la Constitución para entender que ésta tiene pleno vigor y eficacia, tampoco puede admitirse que coexistan con el texto constitucional aquellas normas que claramente lo enfrenten

---

que rige en Costa Rica no le es dado a los jueces del orden común «desaplicar por mano propia» leyes u otras normas que estimen inconstitucionales, en cuya hipótesis deberán acudir a la consulta de constitucionalidad ante la propia Sala Constitucional (siguiendo un tanto el sistema español de «la cuestión de inconstitucionalidad»). Lo cual no desdice, en modo alguno, la condición que se ha reconocido a todo juez y tribunal de ser la primera línea de defensa de los derechos fundamentales de las personas, ya que una cosa es esa defensa de derechos fundamentales (en aplicación de los principios y reglas del debido proceso, por ejemplo) y otra muy diferente es la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o norma sometida al derecho público, tema este sobre el que la propia Constitución ha elegido quién puede y debe hacerlo, que no es otro que la Sala Constitucional para el caso costarricense.

47. Sentencia de la Sala Constitucional, 2001-09384, de 19 de setiembre de 2001.

48. DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Op. cit.*, p. 290.

o contradigan, o que hagan lo mismo en relación a los principios y valores que lo animan, para lo cual existen mecanismos procesales apropiados, y una amplia legitimación que permite acceder a ellos, sin necesidad de ostentar un derecho subjetivo, o un interés legítimo, sino que en ciertas hipótesis es suficiente la invocación de la defensa de intereses difusos, que pertenecen a todos y a cada uno de los integrantes de ciertos grupos o sectores, y que, por tanto, basta su sola invocación, sin necesidad de requerir acto de aplicación concreta de la norma ilegítima. Tales supuestos se dan en caso de la defensa del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como también en materia de uso de bienes, recursos o dineros públicos. En todos estos casos, cualquier persona tiene derecho a acudir a la jurisdicción constitucional, sin más exhibición que la defensa de los citados intereses, valga decir, aun sin la existencia de un caso concreto.

Aquí hablamos de una amplia legitimación, o legitimación democrática, propia del carácter y naturaleza de los derechos o intereses tutelados.

Sólo así se garantiza la verdadera eficacia de las normas fundamentales del Estado.

## *6.2. Criterio de la constitución como límite para el ejercicio del poder público*

Este es un subprincipio, derivado directo del de supremacía de la Constitución, pues de poco valdría que entendiéramos, en el plano ideológico, que existe la tal supremacía si, en su momento, no hubiera posibilidad concreta de entender que la normativa constitucional, tanto como sus principios y valores, constituyen el límite a la actuación de los poderes públicos (y hasta a los sujetos de derecho privado)<sup>49</sup>.

A su vez, y para facilitar el sentido anterior, dispone la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

«La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios

---

49. Un solo ejemplo para visualizar cómo es que la jurisprudencia constitucional en Costa Rica potencia este principio. En la sentencia 4480/94, de 19 de agosto, se dijo: «La protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual: a las instituciones públicas, haciendo respetar la legislación vigente y promoviendo los esfuerzos que prevengan o eliminen peligros para el medio ambiente; a los particulares, acatando aquellas disposiciones y colaborando en la defensa del suelo, el aire y el agua, pues todo cambio nocivo resultante de un acto humano en la composición, contenido o calidad de éstos resultará también perjudicial para la calidad de vida del humano [...]» (Considerando II).

constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.» (Art. 1º)<sup>50</sup>

Como he venido afirmando, hoy el principio de supremacía constitucional está asumido.

Pero en el caso costarricense, como nota especial, debemos agregar el valor que el sistema le otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, con lo que hay una especie de recepción *in integrum* de la normativa internacional de derechos humanos, al mismo nivel que el de los llamados derechos constitucionales. Incluso, nuestra jurisprudencia constitucional ha llegado a indicar que, cuando el instrumento internacional sea más generoso que la norma constitucional, prima aquel por sobre ésta. No se trata de que la norma de derechos humanos deroga a la constitucional, sino que en el operador, al resolver el caso concreto, la desplaza como norma aplicable al caso, en la medida en que sea más protectora que esta.<sup>51</sup>

No se trata de «supremacía» de los instrumentos internacionales sobre la Constitución, sino de «primacía», especifica el magistrado constitucional español D. Pascual Sala, en un ejercicio por tranquilizar las dudas que el tema plantea.<sup>52</sup>

Es en tal tesitura que se ha acuñado en la jurisprudencia constitucional el concepto de «Derecho de la Constitución», como aquel que, claro está, partiendo de la Constitución, sus valores y principios, engloba también los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país y la propia jurisprudencia constitucional, en tanto que al tener que ver ésta con la aplicación e interpretación de la Constitución misma, por principio,

---

50. La propia Constitución política, en su artículo 48 dispone: «Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República [...]»

51. *Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional, número 1995-2.313, del 9 de mayo de 1995.

52. SALA, PASCUAL. «La vinculación del juez nacional a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». En *VIII Seminario sobre Autonomía y Justicia en Cataluña*, Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Barcelona, noviembre de 2005, p. 179.

tiene el rango de la norma que interpreta o aplica.<sup>53</sup>

En diversas oportunidades, la Sala se ha referido a esta cuestión tan importante que es, si se quiere, la materia toral en los Estados actuales: ¿qué valor normativo tienen los instrumentos de derechos humanos, vis a vis el de la Constitución Política como tal?

Muy particular, resulta una sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional con motivo de una consulta preceptiva formulada por la Asamblea legislativa, con motivo de la aprobación que se tramitaba ante ella de un Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).<sup>54</sup> En esta opinión, la Sala Constitucional le indica al Congreso que, en efecto, podría aprobar el citado Protocolo, en la medida que se incluya una «*declaración interpretativa*» en el sentido de que la alusión que se hace en el instrumento internacional a «el derecho de cada Estado» a elegir sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga «*no implica [para los Estados del sistema americano] el poder hacerlo fuera de los requisitos mínimos de la democracia representativa, tal y como está definida en la propia Carta y en los demás instrumentos del Sistema interamericano [...]*»

En apoyo de la conclusión a que llegó, argumentó la Sala:

«[...] El Protocolo de reforma introduce en el inciso e) del artículo 3 el concepto de pluralismo político que permite a los Estados elegir libremente su sistema político, económico y social y también incluye en este capítulo de principios el de no intervención. Esta adición es necesario armonizarla con las demás disposiciones de la Carta respecto de la democracia representativa y del respeto a los derechos humanos. En este orden de ideas, *lo cierto es que los titulares del derecho de autodeterminación son los pueblos, no los gobiernos que son consecuencia del ejercicio de este derecho de los pueblos, de elegir su sistema político sin injerencias externas, pero tampoco sin imposiciones internas.*»<sup>55</sup> [La cursiva no es del texto]

---

53. No en vano Charles Hughes, siendo gobernador del Estado de Nueva York, aunque luego llegó a ser presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, acuñó esta famosa frase: «Vivimos bajo la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es», citada por LÓPEZ MEDINA, DIEGO E, en *El Derecho de los Jueces*, Ediciones Universitarias, Serie Lex Nova, Primera Edición, Bogotá, 2000.

54. Protocolo de Cartagena de Indias, firmado en Colombia, el 5 de diciembre de 1985, un verdadero convenio internacional, suscrito por el Poder ejecutivo dentro del sistema de organización regional americano.

55. Sentencia de la Sala Constitucional 1990-0769, de 10 de julio de 1990.



Esta temática, por lo demás, tiene tras de sí un enorme desarrollo de la doctrina. Un conocido especialista en ella, el profesor Pedro Nikken, nos dice:

«La Carta de Bogotá que creó la Organización de Estados Americanos incluyó el respeto y garantía de los derechos humanos entre los principios básicos de la entidad regional, cuyos miembros declararon que la solidaridad humana sólo es concebible dentro de las instituciones democráticas y un régimen de libertad individual y justicia social, basado en el respeto de los derechos fundamentales del hombre [...]»<sup>56</sup>

En el mismo sentido, resulta una interesante referencia la definición acerca de un sistema de libertad y democracia marcada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Dice cómo debe entenderse:

«Como un orden que excluye cualquier forma de tiranía o arbitrariedad y representa un sistema de gobierno bajo un estado de derecho y basado en la autodeterminación del pueblo, expresada a través de la mayoría y bajo la libertad y la igualdad. Los principios fundamentales de este orden incluyen al menos: respeto por los derechos humanos reconocidos en la Ley Fundamental, en particular por el derecho de las personas a la vida y el libre desarrollo; soberanía popular; separación de poderes; gobierno responsable; administración sometida a la ley; independencia de la rama judicial; principio de pluralidad política (multipartidos) e igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos.»<sup>57</sup>

Esto es algo de tal trascendencia, que podemos encontrarlo en las exigencias que la Unión Europea impone a los Estados que aspiran a ingresar a ella, puesto que de previo han de cumplir una serie de parámetros o «estándares», entre ellos el democrático. Y en buena hora que así sea.

### 6.3. *El criterio de unidad o de armonía constitucional*

Uno de los problemas que se presentan al intérprete en la aplicación de la Constitución es que, dado que tiene contenidos o disposiciones provenientes de un proceso de negociación entre sectores sociales o grupos políticos con ideas si se quiere antagónicas, o se trata de normas que

---

56. NIKKEN, PEDRO. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 42.

57. FINN, JOHN E. *Constitutions in Crisis*, Oxford University Press, New York, 1991, p. 190.

pertenecen a distintos ciclos históricos, hay aparentes contradicciones o roces entre ellas, con lo que la solución posible en un caso concreto no fluye tan claramente.

Por otra parte, y como tesis de principio, no puede admitirse que exista una posición de jerarquía de unas normas constitucionales sobre otras, si bien puede aceptarse que algunas puedan tener mayor eficacia que otras, o ser más completas que otras.

De este tema se ha ocupado la Sala Constitucional de Costa Rica, resaltando la necesidad de un determinado tipo de labor interpretativa, para disipar cualquier aparente contradicción que exista a lo interno con conjunto normativo de la Constitución, si bien ejerciendo en determinados momentos una «ponderación» o «armonización» de derechos, intereses o valores que puedan entrar en conflicto.

Así, la jurisprudencia constitucional costarricense ha tratado este tema de la diversidad de normas que integran la Constitución, incluso con apariencia de contradicción, por lo que tuvo que sentar criterios que despejaran tales apariencias de conflicto. En ese sentido se dijo:

«La Constitución, desde el punto de vista formal, está integrada por un conjunto o complejo normativo, que obliga a que sus disposiciones se interpreten en forma coordinada, como parte de un sistema jurídico totalmente cohesionado; es decir, las normas deben considerarse en su conjunto y no individualmente»<sup>58</sup>

#### 6.4. Principio de aplicabilidad o aplicación directa en concreto

Sobre la aplicación directa de la Constitución, nuestra Sala Constitucional se ha pronunciado en muchos momentos en casos en los que estaban como parte demanda autoridades públicas en general, y judiciales en particular.

Algunos casos significativos son:

a) «En forma reiterada esta Sala ha indicado que todas las autoridades de la República deben aplicar directamente la Constitución Política, según se concluye de la relación armoniosa de los artículos 11 y 194 de la Constitución, pues no se puede «observar y defender la Constitución», si se le ignora al resolver una determinada situación sobre la que regula, o se aplica la legislación secundaria sobre lo dispuesto por ella. En el caso en

---

58. Sentencia de la Sala Constitucional 2000-4453, de 24 de mayo de 2000.

examen, la Constitución es absolutamente clara: «En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad», dispone en su artículo 36. Al ser una garantía la señalada, *no puede ser interpretada restrictivamente como lo pretende la representación del Banco Central de Costa Rica en su escrito de apersonamiento [...]*<sup>59</sup>

b) «El carácter especial de los preceptos citados, contemplados en la Constitución Política y en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, obliga tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos en general a la observancia de los derechos y libertades en ellos reconocidos. *El éxito de la efectiva protección de los derechos fundamentales en el Estado Democrático de Derecho radica no sólo en su consagración constitucional, sino en su directa aplicabilidad, sin necesidad de norma ulterior que los desarrolle. En el caso de estudio, es claro que las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, y en concreto el director del Hospital Nacional de Niños están obligados a adoptar las medidas administrativas pertinentes para garantizar que el servicio público se brinde en condiciones de igualdad y eficiencia [...]*»<sup>60</sup>

c) «En este punto, la Sala estima conveniente recordar que una de las finalidades esenciales de toda interpretación constitucional es permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional, lo que implica expandir al máximo la fuerza normativa de la Constitución y, por ende, interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con su derecho. *En este sentido, como lo señala la doctrina italiana, la justicia constitucional debe facilitar, no hacer más difícil, la actuación de la Constitución [...]*»

## 7. OTROS CRITERIOS UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

En una tarea que ya llega a dieciocho años de evolución, la Sala Constitucional costarricense ha reiterado, además, que la labor del Tribunal Constitucional en tareas interpretativas ha de enmarcarse en determinadas pautas, como las siguientes:

---

59. Sentencia de la Sala Constitucional 3483/1993, del 21 de julio. [La cursiva no corresponde al texto]

60. Sentencia de la Sala Constitucional 2003-11673, del 14 de octubre de 2003. [La cursiva no es del texto]

*«debe prevalecer el contenido finalista de la Constitución, que es garantizar la libertad y la dignidad humanas.»*

Prima aquí la persona como centro de todo el sistema, de allí que en la aplicación de textos y normas en general se acuda a la utilización de principios tan importantes como *pro libertate*, o *pro homine*.

*«Debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico».*

Esto es, que se potencie su real vigencia o positividad;

*«Las palabras de la Constitución deben ser interpretadas en su sentido general y común, a menos que sea claro que el creador de la norma se refirió a un significado técnico-legal.»*

*«[la Constitución] debe ser interpretada como un todo, como un conjunto armónico».* Lo cual ya se precisó previamente en esta ponencia. Se persigue evitar o atemperar los aparentes conflictos que se dan por la existencia de normas que pertenecen a diversos períodos históricos, o que son producto de la conciliación de los intereses latentes al redactarse el texto, y que puede llegar a dificultar su efectividad;

*«Hay que tener en cuenta la situaciones sociales, económicas y políticas que existen al momento de realizarse la interpretación»*, cuestión que, de todas maneras, es recomendable en la interpretación de cualquier texto normativo y no sólo el constitucional;

*«Las excepciones y privilegios deben interpretarse con un criterio restrictivo»*, lo que cae por su peso en un Estado social y democrático como el que vivimos. O,

*«Los actos públicos se presumen constitucionales, si mediante la interpretación pueden ser armonizados con la Ley Fundamental»*, para evitar las dificultades naturales que surgen a raíz de declararse una inconstitucionalidad, empezando por el vacío normativo que produce en un sistema como el nuestro en donde la sentencia que así lo haga tiene carácter anulatorio del grado más elevado (con efecto retroactivo a la fecha de emisión de la norma, dejando a salvo los derechos adquiridos de buena fe y la cosa juzgada).<sup>61</sup>

---

61. Entre otras, ver para este acápite, Sentencia de la Sala Constitucional 2000-7730, de 30 de agosto de 2000.

## 8. ACERCA DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA

En este último apartado, de modo sintético, pero teniendo presente el objetivo del Programa en que se inscribe la actividad que enmarca la presentación de esta ponencia (Los procesos de paz en Centroamérica y las funciones de las Cortes de Constitucionalidad), hago una referencia acerca de la necesidad de una jurisdicción especializada en materia constitucional.

Hoy, muy pocos discuten acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional con especialización, de modo que esté abocado al conocimiento y decisión de diferentes procesos constitucionales, es decir, en los que se plantee una pretensión de tipo constitucional, *de modo exclusivo y excluyente*, si bien pueden existir áreas en donde converge un escrutinio de constitucionalidad entre justicia ordinaria y justicia constitucional especializada (el caso español de la llamada «cuestión de inconstitucionalidad», o «consulta judicial» en el caso costarricense).

Especialización, por otra parte, no significa tribunal de especialistas en Derecho Constitucional, sino que irá marcada por el manejo cotidiano de la Constitución, un ejercicio que lleva a entender la textura abierta de sus normas, a descubrir que, al lado o por encima de ellas, existen ciertos principios y valores que contribuyen a darle ese carácter de conjunto y a darle una utilidad acorde con tal función y carácter.

Esta es la principal nota de la especialización a que me refiero.

Todo ello hace que el Tribunal Constitucional tenga unas características únicas, en tanto la especialización implica una exclusividad en la materia, o al menos dos cuestiones que son esenciales: algunos procesos y decisiones solamente los conoce el Tribunal Constitucional, como es el caso del control de constitucionalidad en sentido estricto (acción de inconstitucionalidad, la llamada cuestión de inconstitucionalidad, o el control preventivo a petición de determinados y muy calificados órganos políticos del Estado); y por otro lado, que aunque la justicia constitucional en otras materias sea compartida por Tribunal Constitucional y juzgadores del orden común, la intervención que tenga el primero será con carácter de definitivo, sus decisiones son dadas como última palabra, ya que no es posible que sus decisiones sean revisadas en otra sede.

Solamente advierto aquí que lo anterior debe ser precisado. Nos referimos al nivel interno, pues está claro que la jurisdicción supranacional, como en el caso americano la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene unas competencias que pueden llegar a incidir con lo que a lo interno

de los Estados miembros decidan sus órganos jurisdiccionales, incluido su tribunal constitucional.

Pero es en aquel sentido que la jurisprudencia constitucional tiene carácter vinculante *erga omnes* –frente a todos–, es decir, obliga tanto a los poderes públicos, como a los sujetos privados. Y por eso la propia jurisprudencia constitucional es parámetro de constitucionalidad.

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha preferido hablar del «*Derecho de la Constitución*», en vez de «bloque de constitucionalidad», para referirse a ese todo que con un mismo valor, o con una misma pretensión de valor, está constituido por la Constitución, entendida ésta en sus normas, en sus principios y valores, pero también por los instrumentos internacionales de derechos humanos y la propia jurisprudencia constitucional.

La especialización tiene orígenes diversos, pero muy a menudo tiene que ver con una actividad devaluada que en la materia han exhibido los tribunales ordinarios, incluidas las propias Cortes Supremas de Justicia, a las que les ha tocado jugar en paralelo dos papeles distintos, ya como *tribunales de casación*, ya como *tribunal constitucional*, pero lo cierto es que en este último papel se les ha señalado como muy tradicionales, muy reacias a mirar a la Constitución, quedándose generalmente con criterios de legalidad ordinaria para resolver cuestiones de constitucionalidad, un tanto a la sombra de la tradición francesa «jacobina» o «jacobiniana» que ya hemos señalado. A lo mejor la justicia ordinaria, como juez de la casación lo haya hecho muy bien, pero definitivamente ha generando desconfianza en su papel de juez constitucional.

Vale la pena consultar las consideraciones de los profesores Aguiar de Luque y Pérez Tremps acerca de las resistencias de la jurisdicción ordinaria en concederle eficacia directa a la Constitución española de 1978.<sup>62</sup>

Álvarez Conde remarca que, ya vigente la Constitución de 1978, su condición de norma jurídica y por tanto su eficacia aplicativa, estuvo disminuida o negada por cuestiones de coyuntura e ideológico-estructurales de la España recién salida de la dictadura. En ese sentido, afirma, la Constitución española «*no fue en un principio, plenamente asumida por nuestra jurisprudencia ordinaria. Entre los años 1980 y 1982 se van a producir diversas manifestaciones que implican una consideración de la Constitución como un texto meramente programático y nunca directamente aplicable, siendo utilizada, por otro lado, en las diferentes argumentaciones con un carácter meramente residual,*

---

62. AGUIAR DE LUQUE, LUIS Y PÉREZ TREMPs, PABLO. En *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Tirant lo Blanch e Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III, Valencia 2002.

*destacando incluso su inferioridad frente a otros textos legales [...]»<sup>63</sup>*

También Fernández Segado insiste en este importante aspecto:

«Esta trayectoria histórica contribuye a explicar la falta de confianza por parte de los constituyentes de 1978 en la viabilidad de que los jueces y tribunales pudieran llevar a cabo un control efectivo de la constitucionalidad de las normas legales. Su falta de conciencia constitucional, constatada a lo largo de nuestra historia y su acomodo a unos criterios hermenéuticos propios del Derecho privado, en los que el formalismo legalista y la ausencia de una interpretación valorativa constituían pauta común, condujeron a dudar de su capacidad de llevar a cabo la obra propia del juez constitucional [...] Por poner un ejemplo significativo, que corrobora lo que acaba de decirse, todavía en 1982 (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1982), casi cuatro años después de la entrada en vigor de la Constitución, la Sala Primera del Supremo seguía considerando que el derecho acogido por el artículo 14 de la Constitución española, esto es, el derecho a la igualdad de trato sin discriminación, tenía el alcance de una declaración de principios necesitada de ulterior desarrollo [...]»<sup>64</sup>

Sobre esta cuestión, a propósito de la actitud reticente y restrictiva de la justicia ordinaria a aplicar criterios de constitucionalidad, cuando más bien entendemos que se hacía imperativo, un prestigioso ius-publicista costarricense, acaso el más destacado del Siglo XX, el Profesor D. Eduardo Ortiz Ortiz, cuando fue preguntado acerca de cómo le iba en su labor de abogado litigante ante la Corte Suprema de Justicia con sus recursos de inconstitucionalidad (en el sistema anterior a 1989), respondió más o menos en estos dramáticos términos:

«para decir verdad en esto de cómo me va en la Corte Suprema de Justicia [cuando actuaba como tribunal constitucional], puedo decir que he perdido siete recursos; seis que ya me han sido declarados sin lugar, y otro que en estos momentos está en trámite».

Lo anterior me lleva a insistir, aunque sea al final de mi exposición, en este punto, que hace referencia a un criterio especializado de aplicación e interpretación de la Constitución política.

---

63. ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. Op cit. p. 158

64. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. «La guerra de los tribunales en España», en *Contribuciones* n.º 3/2002, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, p. 77.

Tercio Sampaio, en un estudio sobre la eficacia y supremacía de la Constitución brasileña de 1988, refiere que en materia de interpretación constitucional se puede dar la distinción entre lo que llama «*procedimientos interpretativos de bloqueo*», que recoge las técnicas de la hermenéutica tradicional por una parte y «*procedimientos interpretativos de legitimación*» por otra, en la que ciertas aspiraciones se convierten en metas privilegiadas, por encima de una conformidad estrictamente formal.

Estas metas, agrega Sampaio, serían parte, por así decirlo, de la pretensión de realización, inherente a la propia Constitución. Y este tipo de interpretación, que tiende a privilegiar determinadas aspiraciones subyacentes en la Constitución, presuponiendo que esta es en sí un sistema de valores, se torna como tal, en una realización de valores.<sup>65</sup>

Y es que, como también señala Konrad Hesse,

«La Constitución no es simplemente un reflejo de la realidad social en el sentido que F. Lasalle le daba al concepto, sino que la Constitución se caracteriza de manera muy principal por su pretensión normativa, es decir, por su voluntad de incidir en la realidad sobre la que tiene que operar, expresando un deber ser. Ahora bien, esta pretensión normativa no es separable de sus condiciones de realización, sino más bien al contrario. Una pretensión normativa que resulta irrealizable en la práctica, no es en realidad nada. La Constitución, por lo tanto, en cuanto norma jurídica, es inseparable de su proceso práctico de realización, lo que K. Hesse define como concretización [...]»<sup>66</sup>

Pero, asimismo, me permito la licencia de llamar la atención, ya que me dirijo en primer término a los amigos centroamericanos, corremos el riesgo de sobrevalorar estas cuestiones y perder de vista la realidad que nos circunda. Por eso, termino mi ponencia con una cita que me parece necesaria:

«Este es uno de los aspectos de la cuestión. El otro consiste en que el Derecho Constitucional no puede ayudar a resolver mejor los problemas del Derecho Privado o del Derecho del Trabajo a base de incorporarles por las buenas los derechos fundamentales. En términos generales preocupa el que, de este modo, se esté poniendo a prueba la capacidad

---

65. SAMPAIO FERRAZ, TERCIO JR. En *Constituição de 1988, Legitimidade, Vigencia e Eficacia Supremacia*, Editorial Atlas, Sao Paulo, 1989, p. 11.

66. Citado por PÉREZ ROYO, JAVIER, *op. cit.* p. 245 y ss.



de la Constitución, que se rebase su capacidad y que, en definitiva, el Derecho Constitucional pueda llegar a perder la posición que ha llegado a alcanzar.

Esto, naturalmente, es una exageración, pero tiene un fondo de verdad.

*No es admisible que cada problema jurídico se convierta en un problema de derechos fundamentales, con independencia de que, por esta vía, no habría nada sobre lo que el Tribunal Constitucional no estuviera llamado a decidir»<sup>67</sup>* [la cursiva no pertenece al texto].

---

67. CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Entrevista a Konrad Hesse, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», Asamblea Regional y Universidad de Murcia, nº 3, 1991, p. 18.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PODER JUDICIAL

JOAQUÍN BORRELL MESTRE

*Consejero del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Escuela Superior de Administración  
y Dirección de Empresas (ESADE) de la Universidad Ramon Llull (Barcelona)*

*Magistrado*

## SUMARIO

*I. EL PODER JUDICIAL. II. LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES Y TRIBUNALES. III. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. IV. PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA. V. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL. VI. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL. A) Planta y demarcación judicial. B) Cuerpo único. Carrera judicial. C) Unidad de gobierno. D) La configuración de un órgano judicial que culmine la organización judicial y constituya su última instancia.*

## I. EL PODER JUDICIAL

Al Poder Judicial se le atribuye el ejercicio de la potestad o función jurisdiccional, que se concibe, en sentido estricto, como aquella función

estatal destinada a pronunciar derecho de manera irrevocable en la resolución de conflictos de intereses, con autoridad legítima y de forma tendencialmente justa, y cuyo ejercicio corresponde a los órganos judiciales. El Poder Judicial es ejercido por los juzgados y tribunales en su actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos.

Hecha la anterior afirmación hay que advertir que el término «Poder Judicial» puede utilizarse principalmente en dos sentidos. En unas ocasiones como sinónimo de función jurisdiccional y en otras para designar el conjunto de órganos judiciales a los que se atribuye el ejercicio de aquella actividad, es decir, para calificar a todo un dispositivo orgánico del Estado que constituye un orden independiente y relativamente autónomo de los otros poderes del Estado. En consecuencia, cuando se hable de «Poder Judicial» será preciso determinar previamente el alcance o significación que en cada caso se esté dando a esta expresión. Algo similar a lo que sucede con el término «Poder Judicial» ocurre también con el vocablo «jurisdicción», que asimismo puede ser entendido de dos maneras diferentes. Desde el punto de vista subjetivo, la «jurisdicción» consiste en el conjunto de órganos que administran justicia en un país determinado, y, en este sentido, se distinguen del Gobierno y de la Administración por una parte, y del Poder Legislativo por otra. Desde un punto de vista objetivo, es decir, si se considera la jurisdicción como función estatal, ésta consiste en una actividad específica que tiende a satisfacer pretensiones a través de los correspondientes cauces procesales<sup>1</sup>.

Si bien desde una perspectiva orgánica se ha conceptualizado al Poder Judicial como aquel conjunto de órganos dotados de jurisdicción, debe precisarse seguidamente que solamente cada uno de estos órganos considerados en su individualidad son los auténticos titulares y ejercitantes de la potestad jurisdiccional, es decir, del Poder Judicial. En esta línea, el Tribunal Constitucional español ha indicado que la «independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él

---

1. Pizzorusso señala que, mientras que el Poder Judicial está compuesto por un conjunto de órganos del Estado instituidos para el ejercicio de la función jurisdiccional, la actividad jurisdiccional comprende la aplicación de la ley desarrollada por los sujetos que componen el Poder Judicial, y que se encuentran en una posición de tercero respecto de dos o más partes. Además, tal actividad la llevan a cabo aquellos órganos en virtud de unos requisitos que les hacen idóneos para su ejercicio y a través de unas normas de procedimiento especialmente previstas en relación a los diversos tipos de procesos.

porque son los encargados de ejercerla» (STC 108/1996, de 13 de junio). Como ha señalado Díez-Picazo «cada órgano judicial es por sí mismo Poder Judicial»<sup>2</sup>.

## II. LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES Y TRIBUNALES

Una cualidad que debe adornar en todo caso el ejercicio de la función jurisdiccional es la imparcialidad. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia la define como «la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud».

Aunque no figure mencionada explícitamente en algunas constituciones, es indudable que la neutralidad constituye un atributo básico que debe acompañar el ejercicio de la función jurisdiccional en el Estado de Derecho. Es la máxima garantía que puede ofrecerse en este ámbito a los justiciables, pues con su exigencia se persigue desconectar al juez de aquellas vinculaciones que desvirtúan la objetividad que la norma impone. La imparcialidad afecta a lo judicial en su misma esencia.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en su artículo 6.1 (que se transcribe en la parte que aquí interesa), establece que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por [...] un tribunal imparcial [...] que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

Refiriéndose a la imparcialidad de jueces y tribunales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado en numerosas sentencias<sup>3</sup> que para constatar su existencia hay que tener en cuenta no sólo la convicción y el comportamiento personal del juez en una determinada ocasión, lo que supone un referente subjetivo, sino también si aquel juez o tribunal ofrece objetivamente garantías de imparcialidad suficientes para excluir al respecto

---

2. DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. *La jurisdicción en España: ensayo de valoración constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1994. P. 12.

3. SSTEDH: 1 de octubre de 1982 (Piersack), 26 de octubre de 1989 (De Cubber), 24 de febrero de 1993 (Fey), 26 de febrero de 1993 (Padovani), 24 de agosto de 1993 (Nortier), 22 de abril de 1994 (Saravia de Carvalho), 10 de junio de 1996 (C. Thomann), 10 de junio de 1996 (Pullar), 25 de febrero de 1997 (Gregory), 23 de abril de 1997 (Stallinger y Kuso), 26 de agosto de 1997 (De Haan), 29 de agosto de 1997 (Worm), 24 de septiembre de 1997 (Coyne), entre otras.

toda duda legítima. En cuanto al primer supuesto, la imparcialidad subjetiva o personal de un juez o magistrado se presume, salvo prueba en contrario; en cambio, respecto a la imparcialidad objetiva, deberá examinarse si, independientemente de la conducta del juez o tribunal, ciertos hechos objetivamente verificables autorizan a sospechar de su imparcialidad. Es precisamente en este último ámbito en el que el mencionado Tribunal Europeo ha considerado que incluso las meras apariencias pueden revestir importancia, pues lo que se pone en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar al justiciable, en el sentido de que toda su actuación esté carente de prejuicios o parcialidades. En resumen, la exigencia de la imparcialidad subjetiva trata de evitar la inclinación del criterio del juez –o la mera sospecha– derivada de sus relaciones con las partes, y la imposición de la imparcialidad objetiva trata de evitar aquella parcialidad derivada de su relación orgánica o funcional con el objeto del proceso. La expresión «imparcialidad objetiva» apareció por primera vez en la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 1988 (caso Barberá, Messegué y Jabardo). Este concepto comprende las condiciones objetivas de imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales, que pueden surgir bien sea por una incompatibilidad de las funciones del instructor con las de juzgar en cualesquiera de las instancias, bien sea por la incompatibilidad de las funciones de juez de instancia y juez de apelación. Las dos modalidades de una eventual parcialidad se recogen indiscriminadamente en las listas de las causas de abstención y de recusación que contienen las leyes. También en ellas se regulan los procedimientos correspondientes para obtener el restablecimiento o para evitar la consumación de la lesión del derecho fundamental<sup>4</sup>.

El Tribunal Constitucional español, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Europeo, ha reiterado en varias de sus sentencias<sup>5</sup> que entre los derechos recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución española, dentro de la exigencia a un proceso con las debidas garantías, se incluye el derecho a un juez imparcial, dado que su reconocimiento es esencial en el Estado de Derecho.

---

4. ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL. La abstención y la recusación de jueces y magistrados. Madrid: Edersa, 1999. Capítulos segundo, tercero y epílogo.

5. Entre otras, SSTC 145/1988, de 12 de julio; 164/1988, de 26 de septiembre; 11/1989, de 24 de enero; 106/1989, de 8 de junio; 151/1991, de 8 de julio, 7/1997, de 14 de enero y 142/1997, de 15 de septiembre.

### III. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En todo sistema democrático, para que un juez o magistrado pueda ejercer la función jurisdiccional con la debida rectitud o imparcialidad es preciso que el ordenamiento jurídico le garantice su independencia, es decir, le preserve en su decisión de cualquier intervención ajena. De esta manera, la imparcialidad y la independencia en el ámbito judicial aparecen como nociones íntimamente unidas. En el sistema jurídico español, el artículo 117.1 de la Constitución española reconoce la independencia referida a cada uno de los jueces y magistrados, pues solamente a éstos (aunque a veces deban ejercerla de forma colegiada) les está reservada la potestad jurisdiccional. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que lo que el texto constitucional consagra es «la independencia de cada juez a la hora de impartir justicia, sin que la calidad de “integrantes o miembros” del Poder Judicial que se les atribuye en preceptos ya citados [de la Constitución] tenga otro alcance que el de señalar que sólo los jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados, pueden ejercen jurisdicción juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». El Alto Tribunal considera además que de los artículos 117.1 y 122.2 de la Constitución española<sup>6</sup> no se desprende que pueda predicarse la independencia del Poder Judicial en su conjunto<sup>7</sup>. Ello, sin embargo, no impide que, a su vez, aquella independencia individual adquiera una mayor plenitud si además toda la organización judicial se sustrae a la influencia de los otros poderes del Estado. En este punto cabe remitirse a lo que se dirá más adelante respecto al principio de unidad jurisdiccional.

Restringida, pues, la noción de independencia judicial en el derecho español a la que deba garantizarse a cada juez o tribunal cuando ejercita su función jurisdiccional, el ordenamiento debe configurar las cautelas necesarias para su efectiva consecución y establecer el marco jurídico

---

6. Art. 117.1 CE: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Art. 122.2 CE: «El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramiento, ascensos, inspección y régimen disciplinario».

7. Vid. STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 8. Por su parte, Díez-PICAZO, en su libro *La jurisdicción en España: ensayo de valoración constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1994, en la página 12, y refiriéndose al Poder Judicial, señala que «a diferencia de los otros poderes del Estado, no está formado por un único órgano o por una pluralidad de órganos que actúan de manera unitaria, sino que se trata de un complejo orgánico policéntrico y descentralizado».

objetivo para posibilitarla al menos de forma abstracta. Para lograr lo anterior utiliza determinadas técnicas. Así, integra a los jueces y magistrados en una organización relativamente independiente respecto a los otros poderes del Estado, declara su inamovilidad como garantía de permanencia en su cargo frente a destituciones arbitrarias, les somete a un fuerte régimen de incompatibilidades tanto públicas como privadas, declara su responsabilidad como consecuencia del poder que les otorga (en coherencia además con el propio sistema general), y finalmente, les supedita al imperio de la ley.

Con este complejo sistema normativo se pretende, en última instancia, que el ciudadano pueda confiar en la Administración de Justicia a través de garantizar que, en el ejercicio de su función, el juez o magistrado se encuentre únicamente sometido al derecho. En este sentido debe entenderse la referencia al «imperio de la ley» contenida en los textos constitucionales. Se trata de una fórmula a través de la cual el legislador intenta conseguir que el ordenamiento jurídico sea el único que discipline la actuación de los juzgadores y que aquél sea el que utilicen y apliquen éstos en sus resoluciones. Se persigue, pues, la absoluta dependencia del juez al sistema jurídico en su conjunto y por ello se le vincula tanto a la Constitución y a sus principios como al resto del ordenamiento jurídico.

La subordinación al derecho, entendido éste como una emanación de la voluntad popular, es, desde un punto de vista democrático, la que especialmente legitima la actuación judicial. El juez, en el ejercicio de su función jurisdiccional, no tiene una legitimación política idéntica a la de los otros dos poderes del Estado, y por ello su legitimación específica únicamente se apoya en la aplicación de un derecho preexistente, que es en el que debe necesariamente fundamentar sus resoluciones<sup>8</sup>.

---

8. REQUEJO PAGÉS, JOSÉ LUIS. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. P. 163 y ss. El mencionado autor señala en la página 164 que: «la independencia del juez [...] es [...] aquella institución jurídica en virtud de la cual el sistema delimita con precisión el sector del ordenamiento que encierra los elementos relevantes para el juez a la hora de ejercer jurisdicción, desconectando a éste de los sectores sistémicos que por su mayor grado de indeterminación o por contener información sistémica escasamente elaborada parece conveniente excluir de lo que ha de constituir el núcleo argumentativo y de actuación con arreglo al cual el juez debe aplicar jurisdiccionalmente el Derecho. Con esa desvinculación se persigue que el ordenamiento sea la única base de actuación del juez y, además, que lo sea sin la injerencia de otros órganos a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento que ha de aplicarse en cada caso. Se confía en el juez para que sea él quien decida qué norma y de qué modo debe aplicarse, sin que puedan producirse injerencias desde otras sedes, razón por la cual se priva de relevancia jurídica a todo tipo de orden o requerimiento encaminado a imponer al juez un determinado criterio. El único criterio jurídicamente relevante es el configurado por la norma jurídica interpretada y



Por lo demás, la necesidad de reconocer la independencia judicial se impone en un Estado de Derecho en cuanto se confía al juez el último control de cuestiones tan trascendentes como son los conflictos intersubjetivos, la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, el ejercicio del derecho del Estado a castigar determinadas conductas, así como las garantías básicas de los derechos y libertades individuales. En el ejercicio de su actividad jurisdiccional, y en el ámbito constitucional, los tribunales ordinarios tienen atribuidas unas relevantes funciones de colaboración, que se manifiestan, por una parte, en su intervención a modo de tamiz para la tarea del Tribunal Constitucional, así como, por otra, en su contribución con importantes argumentos de enjuiciamiento jurídico constitucional, cuando resuelven algunos casos sometidos a su consideración.

Los textos constitucionales configuran al juez como garante de los derechos fundamentales que la propia Constitución contiene. Esta función se justifica en la convicción de que el juez es un ciudadano que por su formación conoce el valor que en una sociedad democrática adquieren los derechos fundamentales y que, en consecuencia, debe hacer de su profesión la garantía de los derechos humanos. Se trata, en definitiva, de un compromiso singular que adquiere por el hecho de acceder a la función judicial. Esta función de garantía de los derechos fundamentales se debe configurar, sin embargo, no sólo como un compromiso sino como una auténtica obligación. Por ello, en la Constitución española (art. 18) el juez se erige en el único poder del Estado que está en condiciones de legitimar diversas restricciones de derechos fundamentales (entrada y registro domiciliario, intervención de comunicaciones, disolución de asociaciones, secuestro de publicaciones, etc.). Esto conduce a considerar que tal garantía judicial de los derechos fundamentales es ella misma expresión del derecho genérico a la tutela judicial efectiva. Hay, por tanto, un derecho a que la garantía de los derechos fundamentales sea, ante todo, una garantía judicial, es decir, que sea asumida como regla por los jueces. La garantía de los derechos en los sistemas constitucionales modernos es, pues, por excelencia la garantía judicial. Así, donde no hay remedio judicial, donde no hay acción, no hay derecho. En otras palabras, no hay derecho que no sea derecho judicialmente garantizado.

---

aplicada de conformidad con las reglas de interpretación y aplicación contenidas en el propio sistema y de entre las cuales el principio de independencia excluye, por ejemplo, las órdenes de los superiores jerárquicos».

En cuanto al alcance de la garantía judicial, hay que entender que los jueces deben moverse con entera libertad a la hora de proyectar la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional parte, casi sin excepción, de una previa interpretación judicial del alcance de los preceptos constitucionales que, ciertamente, puede desautorizar cuando dicha interpretación se traduzca en una vulneración de los derechos, pero no cuando se sitúe en el ámbito de la mayor o menor irradiación de los preceptos constitucionales.

El juez, sin embargo, no es sólo garante de los derechos fundamentales en los supuestos de restricciones a los que he hecho alusión, sino que también en ocasiones se constituye en auténtico árbitro entre derechos fundamentales. Así debe arbitrar entre derechos fundamentales invocados de manera contrapuesta –normalmente, aunque no siempre, en litigios entre particulares. Un caso conocido es el de la libertad de expresión *versus* honor, intimidad personal y familiar, propia imagen y protección de la juventud y de la infancia. Otro: libertad de creación de centros docentes y autonomía universitaria *versus* libertad de cátedra. En estos casos, lo que se pide al juez es un deslinde entre el alcance de dos derechos fundamentales, y son claves las categorías de la ponderación y la proporcionalidad. En estos supuestos, además, es posible que se produzcan arbitrajes sucesivos protagonizados por los diferentes órganos jurisdiccionales que intervienen en primera instancia y en los distintos recursos. Cada instancia deberá asumir su tarea de tutela con plena jurisdicción y plena responsabilidad.

A continuación, cabe hacer referencia, siquiera brevemente, a dos cuestiones más. La primera, llamar la atención sobre la figura del juez como objeto del derecho fundamental, es decir, sobre el derecho a la presencia e intervención del juez. En este caso, el juez es con la misma intensidad poder del Estado y derecho fundamental (todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por ley; toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial).

La segunda cuestión surge de la observación de la posición que ocupa el juez en el proceso y que puede permitirle, sin excesivas complicaciones, la violación de determinados derechos de los particulares. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional demuestra que esto no es pura teoría, pues en diversas resoluciones se han puesto de manifiesto vulneraciones de derechos fundamentales a través de la función judicial. Se trata de un poder del Estado en el que, con mucha diferencia, las cuestiones de legalidad se convierten en cuestiones de constitucionalidad.

Otro derecho fundamental que puede vulnerarse por el juez es el derecho

a la igualdad en la aplicación de la ley. Esto ocurre cuando varios supuestos iguales y de forma simultánea o sucesiva son resueltos por un mismo juez de forma diferente sin la más elemental motivación del cambio de criterio.

Finalmente, conviene destacar que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional todos los conflictos de intereses particulares deben resolverse en función de cuál sea el interés general, por lo que –dejando al margen los derechos humanos que son anteriores a cualquier reconocimiento normativo– sólo es justo aquello que cada sociedad considera en cada momento histórico adecuado a lo conveniente. En un Estado de Derecho, lo que la sociedad considera justo en cada momento histórico se expresa y manifiesta a través del ordenamiento jurídico en su conjunto y especialmente a través de la ley, que –sometida a la Constitución–, es una disposición de carácter general que ha de tender a igualar y a hacer libres a todos los ciudadanos.

#### IV. PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA

Si el juez, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se halla únicamente sometido al derecho, en teoría debe resultar sumamente improbable que se pueda interferir, obstaculizar o entorpecer su actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El derecho, como se ha dicho, adopta las cautelas necesarias para conseguir tal finalidad. Así, prohíbe a los órganos de gobierno del Poder Judicial impartir instrucciones, indicaciones u órdenes en materia jurisdiccional, y únicamente admite como única vía correcta para combatir y, en su caso, conseguir la rectificación de una resolución judicial –alegando infracción de normas tanto sustantivas como adjetivas–, la interposición del correspondiente recurso, bien ante el propio órgano que la dictó o bien ante un órgano superior. Ésta es la razón por la que, en el medio judicial, el principio de jerarquía aplicado al juez como funcionario debe mostrarse como muy debilitado. En todo caso, carecerá de operatividad en la esfera que resulta más propia de la actuación de los jueces y tribunales, es decir, en la referente al momento en que dicten una resolución de carácter jurisdiccional.

Asimismo, y para garantizar la independencia judicial en un Estado de Derecho, el ordenamiento jurídico debe establecer las previsiones necesarias, incluidas las de índole penal, para que la tarea de los jueces y magistrados no pueda ser interferida ni por los demás poderes del Estado, ni por las partes

procesales, ni por los ciudadanos en general, ni por los partidos políticos, sindicatos o grupos de presión, ni por otras fuerzas sociales de cualquier índole<sup>9</sup>.

---

9. Es un fenómeno cada vez más común el que los medios de comunicación emitan un juicio paralelo sobre un caso *sub iudice* que consideran «estrella» y que reclama la atención de la sociedad. En ocasiones, no se limitan a publicar información objetiva, veraz y contrastada sobre el desarrollo del proceso, sino que emiten sus propias opiniones sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, e incluso reproducen y valoran actuaciones procesales que tienen lugar en el juicio. El problema jurídico que se plantea estriba en que la presión que ejercen sobre la opinión pública pueda llegar a contaminar la propia autoridad e imparcialidad del órgano judicial que conoce del proceso, máxime cuando se trate de jueces legos, miembros de un tribunal de jurado. La filtración de datos sumariales puede constituir un problema añadido, que vulneraría, además, el secreto de sumario y haría difícil un proceso equitativo en el que deben tomarse las decisiones de forma imparcial y neutra.

El Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 6/1996, de 16 de enero, aunque sin mencionarlo expresamente, recoge una doctrina que pretende poner freno a situaciones de juicios paralelos que perjudiquen la autoridad e imparcialidad de la justicia, exigiendo básicamente una información veraz y un especial deber de diligencia del periodista en la obtención de la misma.

En última instancia, esta cuestión plantea un conflicto entre la libertad de prensa y el derecho a un juez imparcial y a un proceso equitativo. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar la imparcialidad del Poder Judicial con respeto de la libertad de expresión. Así, recuerda que la libertad de expresión y, más concretamente, la libertad de prensa, constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática. Considera, por tanto, que la restricción a la libertad de prensa debe interpretarse de forma estricta y encontrarse acreditada de manera convincente ya que, si bien la libertad de prensa no debe franquear los límites exigidos en orden a preservar la seguridad nacional o garantizar la autoridad del Poder Judicial, le incumbe en todo caso comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público (entre otras, STEDH de 26 de noviembre de 1991, caso *Observer y Guardian*). Concretamente, con relación a los juicios paralelos, el Tribunal Europeo afirma que no se puede restringir la libertad de prensa hasta el punto de limitar todas las formas de debate público sobre las cuestiones en curso de examen por los tribunales. Ahora bien, en sus publicaciones, los periodistas deben observar los límites de un comentario admisible, cuales son: no englobar declaraciones que arriesgarían el buen fin del proceso, reducir las oportunidades que tiene un individuo para beneficiarse de un proceso equitativo o socavar la confianza del público en el papel desempeñado por los tribunales de la Administración de Justicia. Finalmente, considera que si se admite como algo habitual el espectáculo de los juicios paralelos en los medios de comunicación, pueden resultar a largo plazo consecuencias nefastas para el reconocimiento de los tribunales como los órganos cualificados para juzgar la culpabilidad o la inocencia de un imputado (STEDH de 29 de agosto de 1997, caso *Worm*).

Por juicio paralelo puede entenderse el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto sometido a investigación del Ministerio Fiscal o a enjuiciamiento por los órganos judiciales, a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos. Tal valoración se convierte, pues, ante la opinión pública, en una suerte de proceso o juicio paralelo en el que los diversos medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor, así como, muy frecuentemente, el de juez. Sobre el tema de los juicios paralelos, véase CARRETERO SÁNCHEZ, SANTIAGO. «El juez ante los juicios paralelos

Por último, esta independencia se predica también respecto a los propios miembros de la carrera judicial, en el sentido de que al juzgador no le está permitido suplantar, por los suyos propios, los criterios que le suministra el ordenamiento jurídico, es decir, los juicios valorativos que el legislador representante de la soberanía popular ha establecido. Lo anterior no se contradice, sin embargo, con la posibilidad de que el juez pueda indagar, teniendo en cuenta la realidad social que debe conocer, el sentido de la norma en el momento en que la aplique<sup>10</sup>.

## V. EL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

La Constitución española se refiere a la independencia como aquella que tienen atribuida los jueces y magistrados cuando actúan sus funciones jurisdiccionales. Ahora bien, también se ha indicado que la independencia individual puede adquirir una mayor plenitud si además la organización judicial en su conjunto se sustrae de la influencia de los otros poderes del Estado. Se hará referencia, pues, a continuación, al principio de unidad jurisdiccional que se configura como base de la organización y funcionamiento de los juzgados y tribunales.

---

de la prensa». *Poder Judicial*, n.º 40 (1995): 263-268; VIEITEZ PÉREZ, CARLOS. «Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos paralelos». *Cuadernos de Derecho Judicial* (1996): 393-423.

10. A este respecto, García de Enterría indica que: «en una situación social y política de pluralismo (art. 1.1 CE) y de libertad religiosa (art. 16 ídem), la calificación de injusta de una ley desde una determinada fe religiosa, moral o política, y su negativa a aplicarla, implicaría una ruptura virtual del sistema constitucional, lo cual es también aplicable, por cierto, a cualquier intento de utilizar el llamado “uso alternativo del Derecho”. Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de la esfera privada de la conciencia, desde la que eventualmente podrá llegarse incluso hasta la renuncia al ejercicio de funciones judiciales, pero que no podrá justificar nunca dicho ejercicio, a mi juicio, contra el sistema positivo [...]. Nos referimos a la negativa directa a la aplicación de una ley; otra cosa será [...] la eventual entrada en juego de otras leyes para inaplicar una en particular, operación totalmente normal y no sólo legítima, sino obligada, pues el juez no lo es nunca de una sola ley, sino de todas las leyes y de todo el Derecho, del “ordenamiento” en su conjunto. Aquí cobra importancia especial, sobre todo, el indispensable valor del juez en interrelacionar unas normas con otras y de interpretar éstas “en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, como impone el artículo 3.1 del Código Civil». Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. «Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 10 (1984): 11 y ss.

En sus orígenes se concibe la unidad jurisdiccional como un corolario del principio de división de poderes. A través del mismo se explicita la voluntad de mantener la separación del Poder Judicial –entendido éste como una organización con unas reglas propias de funcionamiento– respecto tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo. En virtud del mencionado principio se incardina a todos los órganos jurisdiccionales en una organización que, en la mayoría de los casos, es relativamente autónoma de los restantes poderes del Estado y se les dota de unas reglas de funcionamiento propias. En otras palabras, la unidad jurisdiccional supone como regla general una organización judicial ordinaria de ámbito general y predeterminada en la ley y que esté salvaguardada de las posibles obstrucciones que pretendan ejercer sobre ella y sobre cada uno de sus integrantes los otros poderes del Estado, principalmente el ejecutivo. Este principio prescribe, pues, como regla, un modelo unitario en el ámbito de la organización y funcionamiento del Poder Judicial.

El principio de unidad jurisdiccional como base de la organización de los juzgados y tribunales requiere en general y, como mínimo, una planta judicial y unas circunscripciones judiciales homogéneas en todo el territorio del Estado, el que los jueces y magistrados de carrera formen un cuerpo único, la unidad de gobierno del Poder Judicial, y un tribunal que culmine, en la función jurisdiccional, dicha organización. En definitiva, una organización judicial ordinaria de ámbito general y predeterminada en la ley que integre todos los órganos que ejercen la función jurisdiccional.

No obstante lo anterior, cabe advertir que en España la Constitución se refiere también a la jurisdicción militar, cuya función se limita en tiempos de paz al ámbito «estrictamente castrense». No se trata sin embargo de una jurisdicción independiente y autónoma, sino que se incardina como jurisdicción especial en el Poder Judicial y se hace depender, a efectos jurisdiccionales, en última instancia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (denominada «de lo Militar»), que está integrada por magistrados pertenecientes a la carrera judicial desde que acceden al cargo, si bien algunos de ellos son elegidos entre militares pertenecientes al cuerpo jurídico del Ejército.

## VI. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

A continuación se hará referencia a los requisitos que se acaban de citar en el punto anterior y que, en general, constituyen exigencias del principio de unidad jurisdiccional.

### *A) Planta y demarcación judicial*

El primero de estos requisitos se refiere a la necesidad de una planta judicial y unas circunscripciones judiciales homogéneas en todo el territorio del Estado. El establecimiento de la planta judicial, operación estrechamente relacionada con la organización de los juzgados y tribunales, supone la determinación concreta de los órganos a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Dentro de la planta judicial se encuadran, en primer lugar, la definición en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de aquella potestad y, en segundo término, la fijación del número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos abstractamente, se van a asentar en el territorio del Estado.

La regulación de la planta judicial se reserva a la ley, que debe prever su revisión periódica previos los pertinentes informes y a tenor de las necesidades del momento. En esta ley se deberá regular, además, tanto la creación de juzgados y tribunales, como sus modificaciones y transformaciones, ya sean estos de orden jurisdiccional, ya sea de clase dentro del mismo orden.

Por su parte, la demarcación judicial consiste en circunscribir territorialmente los órganos jurisdiccionales –que previamente han quedado definidos al establecer la planta judicial– y localizar la capitalidad de cada una de las circunscripciones judiciales. Su regulación se debe reservar también a la ley por tratarse de una operación complementaria a la de creación y definición de la planta judicial. En virtud del principio de unidad jurisdiccional, debe preverse una división judicial uniforme para todo el territorio del Estado. Estas reservas de ley representan una garantía de independencia de los órganos judiciales frente a los propios órganos de gobierno del Poder Judicial, así como frente al Poder Ejecutivo.

Por lo que respecta a España, y sobre la demarcación y planta judicial, el «Pacto de Estado para la reforma de la Justicia», firmado en el Palacio de la Moncloa (sede de la Presidencia del Gobierno) por el Gobierno de la Nación y los partidos Popular y Socialista el 31 de mayo de 2001, dice, en su punto 4: «Mapa Judicial.- Se aprobará un nuevo mapa judicial que

permita agilizar y acercar la Justicia al ciudadano. El nuevo mapa judicial se establecerá con criterios que permitan ajustar la organización a la carga de trabajo existente en cada parte del territorio nacional. Se potenciará la Justicia de proximidad, de manera que haya juzgados más cercanos al ciudadano. Se contemplará la creación de un nuevo órgano unipersonal: el Juzgado de lo Civil, que permitirá aligerar de su actual carga de trabajo a los Juzgados de Primera Instancia, será pieza esencial para acercar la Justicia al ciudadano. Se avanzará en el diseño de juzgados especializados en materia mercantil. Se contemplará el desarrollo de los Juzgados de Familia. En el orden penal, se procederá también a redefinir el ámbito de los partidos judiciales más grandes, creando órganos cercanos».

Por su parte, y en el mismo sentido, el Acuerdo adoptado en la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia celebrada entre el Gobierno español y los gobiernos de las comunidades autónomas en Las Palmas de Gran Canaria el 22 de mayo de 2001, en su punto Primero, letra b), especifica: «El nuevo mapa judicial responderá al índice real de litigiosidad, en cuya función se determinará la planta idónea y el número necesario de juzgados, con demarcaciones más pequeñas, y juzgados más cercanos que corrijan las carencias detectadas en la actualidad».

### *B) Cuerpo único. Carrera Judicial*

El principio de unidad jurisdiccional exige en el ordenamiento jurídico español que los jueces y magistrados de carrera formen un cuerpo único. Es decir, que se integren en la denominada carrera judicial. Ello conduce a efectuar una somera referencia al tema más amplio de la selección, nombramiento, promoción y destitución de los jueces, porque es evidente que estas cuestiones constituyen un importante aspecto a través del cual se manifiesta también el grado de independencia judicial.

Los sistemas de selección y promoción pueden ser muy variados. En general deben ser descartados todos aquellos en los que realmente prime la influencia política y las relaciones de amistad. Debe, por tanto, acudir a criterios menos arbitrarios, como son los de capacidad profesional, honestidad y experiencia de los candidatos. El derecho comparado nos muestra que la utilización de estos criterios puede llevarse a cabo a través de diferentes cauces, cuyos modelos más significativos o ideales son el sistema anglosajón y el sistema burocrático continental. Por razones de tiempo no podrán ser expuestos con detalle, por ello, con las debidas reservas derivadas de un comentario general sólo se aludirá a los rasgos más característicos de cada



uno de ellos. Cabe asimismo advertir que existen finalmente otros sistemas que resultan más difíciles de encajar tanto en el modelo anglosajón como continental tales como el alemán, el austríaco, el holandés y el suizo.

El sistema anglosajón se caracteriza por la existencia de jueces profesionales y otros que no lo son. En ambas categorías se distinguen diversos grados. En general los jueces se seleccionan, previos los oportunos informes, por el Poder Ejecutivo, atendiendo prioritariamente a sus cualidades humanas y técnicas. La ley contempla los requisitos que se exigen en cada caso para proveer las correspondientes plazas. El sistema se caracteriza por la existencia de un alto grado de profesionalidad, lo que ha comportado que la judicatura haya alcanzado en los países del área un importante prestigio social.

Dentro del sistema continental se encuentran los modelos de inspiración burocrática propios de Francia, España, Italia, Portugal y Bélgica, que a su vez no son coincidentes apreciándose entre ellos notables diferencias. En general, coinciden en que en cada uno de ellos se contemplan varias formas de acceder a la judicatura. La primera, a través de una oposición o concurso entre licenciados en Derecho. Las oposiciones consisten en la realización de pruebas orales o escritas sobre cultura general, derecho e idiomas, seguidas de un período de prácticas en determinadas instituciones o despachos profesionales. Se trata, pues, de un sistema concebido para que ingresen en la judicatura personas jóvenes, casi recién licenciadas y sin experiencia profesional.

Junto a la forma de acceso anterior, en estos modelos se prevé asimismo un sistema de acceso a través de concurso o concurso-oposición para profesionales con experiencia, es decir, entre personas que acrediten un número determinado de años de ejercicio profesional en profesiones jurídicas, ya sea en la esfera privada o en la pública, y superen, en ocasiones, una serie de pruebas determinadas. Los programas son diferentes a los previstos para la oposición o concurso entre recién licenciados.

En mi opinión, integrar a personas jóvenes junto con profesionales experimentados en la carrera judicial es un acierto. Por otra parte, el método de utilizar el sistema de oposición o concurso merece una valoración positiva, ya que constituye una garantía de preparación técnica y de igualdad de los candidatos y proscribire los riesgos de la designación discrecional de los miembros de la carrera judicial. A grandes rasgos, los problemas más importantes que en estos sistemas han de solventarse estriban en la fijación de los requisitos que en cada caso deben exigirse a los candidatos, en el diseño de los correspondientes programas teóricos y de prácticas, y en

la forma de elegir a los miembros de los tribunales que han de juzgar las aptitudes de los aspirantes.

Por lo demás, si el proceso se lleva a cabo atendiendo a los criterios que se han ido explicitando, que eliminan en gran manera las posibilidades de manipulaciones políticas, el nombramiento de los jueces y magistrados por el Poder Legislativo o por el Ejecutivo puede ser considerado como una forma indirecta de designación popular, patentizando una alta dosis de legitimidad.

Únicamente hay que advertir de los peligros que para la independencia judicial existen en aquellos casos en que el Poder Ejecutivo está facultado para designar a los magistrados de la Corte Suprema y éstos, a su vez, lo están para nombrar a los demás jueces, pues aquéllos pueden llegar a ejercer sobre éstos determinadas influencias, que pueden llegar a afectar a su independencia. Respecto a la promoción, resulta muy importante establecer de forma minuciosa en la ley el estatuto de los jueces pertenecientes a la carrera judicial, para preservar sus derechos a la inamovilidad y a la igualdad.

Por lo que respecta a España, y en cuanto a los sistemas de ingreso en la carrera judicial, en el punto 5, párrafo 2º y siguientes del «Pacto de Estado para la reforma de la Justicia» anteriormente citado se dice que: «Se elaborará un nuevo Estatuto de Jueces y Magistrados que atenderá a los siguientes criterios: a) Selección objetiva y rigurosa mediante oposición, con pruebas que completen los temarios con disciplinas que se estiman complemento necesario para el ejercicio de la función judicial. Las pruebas deberán permitir valorar la cultura, madurez y capacidad argumental y de análisis del aspirante; b) El acceso por el turno de juristas expertos requerirá acreditar unos méritos relevantes (capacidad y experiencia) y un procedimiento de comprobación objetivo, imparcial y riguroso de los mismos. De igual modo, para este sistema de ingreso se potenciará la labor formadora selectiva de la Escuela Judicial; c) Se consolidará la idea de carrera, superando el exclusivo criterio de antigüedad. Se incorporarán criterios de mérito, formación, especialización, rendimiento y calidad de trabajo, como criterios de promoción, adjudicación de destinos y de mejora de los niveles retributivos. La entrada en la judicatura tendrá lugar en órganos unipersonales con menor carga de trabajo y sin especialización, estableciendo un tiempo mínimo en éstos. Los criterios diferentes del de antigüedad, como la formación, el rendimiento o la asunción de responsabilidades, serán evaluados por el Consejo General del Poder Judicial; d) Se establecerá un diseño de las exigencias correspondientes a cada destino, condiciones para el acceso a

determinados cargos y órganos especializados y limitación del tiempo de permanencia en los mismos».

### C) *Unidad de gobierno*

El sistema del gobierno del Poder Judicial tiene una gran importancia en la configuración de un sistema que garantice la imparcialidad y la independencia de los jueces. Lucas Murillo de la Cueva<sup>11</sup> agrupa los sistemas de gobierno del Poder Judicial en tres categorías:

a) Sistema externo: Se caracteriza porque en él algunas de las más importantes decisiones sobre el estatuto de los jueces se adoptan en sedes no judiciales. El sistema externo es característico del derecho anglosajón<sup>12</sup>. Por ejemplo, en los Estados Unidos los jueces federales son nombrados por el presidente con asentimiento del Senado, quien somete a los candidatos a un examen, en ocasiones riguroso, que no sólo se centra en la idoneidad técnica del propuesto para ejercer la función jurisdiccional sino también en sus actitudes políticas o privadas anteriores. Una vez designados estos jueces, siempre que observen buena conducta tienen garantizada su permanencia en el cargo de por vida, así como una retribución considerable que no será disminuida mientras lo desempeñen. En otro orden de cosas, corresponde al Senado, por acuerdo adoptado por mayoría de dos tercios, la facultad de exigir responsabilidad criminal (*impeachment*) a los jueces del Tribunal Supremo en los casos de traición, cohecho u otros graves crímenes o delitos (art. 2.4 de la Constitución de 1787), previa acusación de la Cámara de Representantes. La eventual condena se traducirá en su destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos públicos.

Respecto a los Estados miembros de la Unión algunos conocen también de otros sistemas de elección de jueces, como son el de elección popular, el de designación parlamentaria, o el de designación por el gobernador del Estado de entre una lista de candidatos seleccionados por sus méritos con posterior sometimiento del elegido a la confirmación de los electores.

---

11. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO. «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 35 (1995): 167 y ss.

12. No obstante, hay que tener presente que en Estados Unidos es corriente que diversas cuestiones relativas al gobierno del Poder Judicial (como, p.ej., nombrar el personal de la oficina judicial, elaborar el presupuesto del Poder Judicial o aprobar reglamentos organizativos que tienen que cumplir los tribunales) se atribuyan a los diversos tribunales supremos, y a veces específicamente a sus presidentes.

En estos casos el nombramiento acostumbra a tener carácter temporal.

b) Sistema interno: en él las decisiones que afectan al gobierno de los órganos judiciales, en su mayor parte, corresponden a éstos, directamente o en virtud de recurso. Es el característico, históricamente, del sistema continental. Parte de la consideración del juez como miembro de una carrera funcionarial, caracterizada por el sistema de concurso en el ingreso y por el ascenso progresivo regido por un sistema combinado de antigüedad y mérito. Para ello la ley regula con minuciosidad el estatuto de los jueces y la organización judicial (por ello estos sistemas se caracterizan también «de gobierno por la ley») y se deja en ocasiones su aplicación al Poder Ejecutivo, normalmente a través del Ministerio de Justicia, siendo sus decisiones recurribles ante la jurisdicción.

Solamente algunos aspectos especialmente relevantes desde el punto de vista de la independencia de actuación de los tribunales (organización interna de los tribunales, distribución del trabajo, ciertas sanciones impuestas a los propios jueces, policía de estrados, propuesta de nombramiento en ciertos cargos de designación discrecional, inspección de los tribunales y funciones consultivas en labores normativas) se dejan directamente en manos de los propios órganos judiciales, normalmente de los de jerarquía superior (presidentes, salas o comités de gobierno, secciones o salas reunidas, asambleas generales del tribunal). Este sistema se denomina interno porque quienes resuelven en última instancia las cuestiones que afectan al estatuto de los jueces son órganos judiciales, ya sea directamente o por vía de recurso, mientras que la intervención del Gobierno tiene un carácter reglado que le priva de la posibilidad de atacar a la independencia judicial. No obstante, se observa en este sistema la tendencia a que los órganos sobre los que de manera más exclusiva –aun sin perder originariamente su naturaleza jurisdiccional–, recaen funciones de gobierno, especialmente disciplinarias y de propuesta de nombramientos, van ganando autonomía y se transforman, en último término, en órganos diferenciados y caracterizados, lo que constituye el primer paso para avanzar hacia el sistema institucional.

c) Sistema institucional: En él se encomienda el gobierno del Poder Judicial a órganos creados por el ordenamiento jurídico para desempeñar ese cometido, tengan o no rango constitucional. Así ocurre en Francia, Italia, Portugal y España.

En cuanto a España, el Consejo General del Poder Judicial puede ser calificado como un órgano constitucional porque por determinación constitucional inmediata se regula tanto su existencia como el sistema de nombramiento de sus miembros y el núcleo de sus competencias.

Por la Constitución se le atribuye una función esencial en el sistema político como es la del gobierno del Poder Judicial. Se trata de un órgano supremo e independiente de los demás órganos constitucionales. Es un órgano necesario para garantizar la posición del Poder Judicial en el sistema político, es además garante de la independencia judicial. Goza de la autonomía característica de los órganos de naturaleza constitucional, siendo, en consecuencia, independiente de los demás órganos del Estado, y está dotado de una importante capacidad de organización. Es, pues, el órgano de gobierno de uno de los poderes del Estado, que además participa en la composición de otros órganos constitucionales, como es el caso del Tribunal Constitucional, y mantiene una serie de relaciones con los demás órganos constitucionales (Parlamento y Gobierno), y ejerce competencias que afectan a la generalidad de los ciudadanos.

En la actualidad, uno de los problemas más importantes que presenta esta institución es el de su excesiva politización, que viene dada por una parte por el sistema de elección de sus miembros, en el que, a consecuencia del reparto de cuotas que habitualmente se pacta, adquieren un excesivo protagonismo los partidos políticos y las asociaciones judiciales afines a cada uno de ellos. Asimismo, por otra parte, por el sistema de elección del presidente del Consejo General del Poder Judicial que se encuentra políticamente mediatizado pues antes de que se reúna por primera vez el Consejo que debe escogerlo ya está pactado el nombre de quien deba ocupar este cargo.

#### *D) La configuración de un órgano judicial que culmine la organización judicial y constituya su última instancia*

El ejercicio de la potestad jurisdiccional se encomienda a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, que deberán ejercitarla de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento que las leyes determinan. En el vértice superior del Poder Judicial se encuentra en España el Tribunal Supremo, dado que el Tribunal Constitucional no forma parte de aquel poder, pues ciñe su función a las propias de un tribunal de garantías constitucionales. El Tribunal Supremo español es el respectivo órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales, lo que supone una manifestación del principio de unidad jurisdiccional tanto en su vertiente de base de la organización como del funcionamiento de los juzgados y tribunales que extienden su jurisdicción a todo el territorio del Estado. Se trata de un alto órgano judicial que no admite en el ámbito organizativo, por su cualidad

en la esfera jurisdiccional, otro órgano que pueda situarse encima del mismo, es decir, que no reconoce superior jerárquico. Por otra parte, desde el punto de vista funcional, a este tribunal le corresponde, ya sea por vía de recurso (especialmente el de casación), e incluso en ocasiones a través de la única instancia, emitir la última decisión del Poder Judicial sobre un asunto concreto. Así, tanto por su respectiva posición en la organización judicial como por sus cometidos, este Tribunal adquiere una especial relevancia en orden a la efectividad del principio de unidad jurisdiccional, que constituye también en última instancia, como se viene exponiendo, una garantía de la imparcialidad e independencia para los jueces y tribunales.

Barcelona, 10 de enero de 2007

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBA NAVARRO, JOSÉ LUIS. «Las facultades de iniciativa, propuesta e informe en materia legislativa del Consejo General del Poder Judicial». En: *El Poder Judicial*. V.I. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, 1983
- ALBACAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS. «Naturaleza jurídica del Consejo General del Poder Judicial». *La Ley*, vol. I (1982): 719-731
- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. «Algunas consideraciones sobre la posición constitucional del Poder Judicial». En: *El Poder Judicial*. V.I. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, 1983
- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2005
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO; Movilla Álvarez, Claudio. *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1986
- APARICIO PÉREZ, MIGUEL ÁNGEL. «El Poder Judicial». *Revista de Derecho Político*, n.º 37 (1992): 161-175
- AROZAMENA SIERRA, JERÓNIMO. «El principio de unidad jurisdiccional». En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*. V.IV. Madrid: Civitas, 1991
- AULET BARROS, JOSÉ LUIS. *Jueces, política y justicia en Inglaterra y España*. Barcelona: Cedecs, 1998

- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL. «Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo: Encuadre constitucional y legal y práctica política». T.I. En: III Jornadas de Derecho Judicial. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987
- BURÓN BARBA, LUIS ANTONIO. «El Consejo General del Poder Judicial y la independencia de la función jurisdiccional». En: *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Madrid: Editora Nacional, 1983
- BUSTILLO BOLADO, ROBERTO O. «El autogobierno del Poder Judicial en Europa. Breve estudio de derecho comparado». *Poder Judicial*, n.º 37 (1995): 55-77
- CARRETERO SÁNCHEZ, SANTIAGO. «El juez ante los juicios paralelos de la prensa». *Poder Judicial*, n.º 40 (1995): 263-268
- CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, JOSÉ LUIS. «Actos políticos y justicia administrativa». En: *Libro homenaje al profesor Legal y Lacambra*. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Constitucionales, 1983
- DÍEZ-PICAZO, LUIS M<sup>a</sup>. *Régimen constitucional del Poder Judicial*. Madrid: Civitas, 1991
- ELIZALDE PÉREZ, JOSÉ M<sup>a</sup>. «El principio de unidad jurisdiccional y los tribunales superiores de las comunidades autónomas: una interpretación federalista en clave comparada». En: *El Poder Judicial*. V.II. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, 1983
- GERPE LANDÍN, MANUEL. «El Consejo General del Poder Judicial: naturaleza jurídica, composición y facultades reglamentarias. Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional 45/1986 y 108/1986». *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 2 (1987): 119-148
- GONZÁLEZ CASANOVA, JOSÉ ANTONIO. «La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español». *Fundamentos*, n.º 1 (1998): 295-326
- GORDILLO GONZÁLEZ, MANUEL. «Concepto del Poder Judicial». En: *El Poder Judicial*. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, 1983
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO. «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 35 (1995): 167-239

- MATEO DÍAZ, JOSÉ. «El gobierno interno de los tribunales y juzgados». Décima ponencia. En: III JORNADAS DE DERECHO JUDICIAL. T.I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987
- MONTERO AROCA, JUAN. *Independencia y responsabilidad del juez*. Madrid: Civitas, 1990
- OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA. «Acerca del Consejo General del Poder Judicial». *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2 (1994): 273-327
- OTTO PARDO, IGNACIO DE. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1989
- RENTERO JOVER, JESÚS. «Personal estatutario y legislación competente». *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 24 (1993)
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE. «Artículo 117. El Poder Judicial». En: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. 2ª ed. T.IX. Madrid: Edersa, 1999
- SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. «Constitución y designación del Consejo General del Poder Judicial». En: *El Gobierno de la Justicia*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1996
- TEROL BECERRA, MANUEL. *El Consejo General del Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990
- VACAS GARCÍA-ALÓS, LUIS; TENORIO SÁNCHEZ, PEDRO J. «Reflexión sobre el órgano de control de los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial». *La Ley*, V.II (1988): 971-977
- VERNET LLOBET, JAUME. «Los principios de mérito y capacidad en la provisión de plazas de magistrados, jueces, fiscales y personal al servicio de la Administración de Justicia en las comunidades autónomas con doble oficialidad lingüística». En: *La Administración de Justicia en un Estado plurilingüe*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, MARCO. «Las atribuciones del órgano de gobierno del Poder Judicial: análisis comparado del sistema italiano y español». *Poder Judicial*, n.º 35 (1994): 312-329
- XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO. «Reforma de la oficina judicial». En: *La Oficina Judicial*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco, 1994
- XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO. *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Premio Poder Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1990



# LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

JOAQUÍN BORRELL MESTRE

*Consejero del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESADE) de la Universidad Ramon Llull (Barcelona)*

*Magistrado*

## SUMARIO

I. SIGNIFICADO. OMISIONES ABSOLUTAS Y RELATIVAS. SU ACEPTACIÓN. II. EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. A. En general. B. Omisiones absolutas y relativas. Cauces procesales. C. Supuestos de omisión inconstitucional: *a) La declaración de la inconstitucionalidad por omisión respecto a los derechos fundamentales*: 1. La infracción del principio de igualdad (art. 14 CE). 2. La infracción del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a CE) y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d CE). 3. La limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). *b) La declaración de la inconstitucionalidad por omisión en la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas*. D. Tipología de sentencias dictadas: las sentencias apelativas. Las sentencias aditivas. Las sentencias de declaración de inconstitucionalidad parcial. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad.

## I. SIGNIFICADO. OMISIONES ABSOLUTAS Y RELATIVAS. SU ACEPTACIÓN

El primer problema que se plantea al abordar «la inconstitucionalidad por omisión» es el de determinar su significación. No se trata de una cuestión baladí, porque hasta ahora la doctrina jurídica no ha adoptado una posición unívoca al respecto. Para efectuar una primera aproximación se analizarán los dos términos que incluye la expresión. Así, por una parte, se examinará lo que debe entenderse por «omisión» y, por otra, el significado que ha de darse al término «inconstitucionalidad». De acuerdo con el uso habitual se entiende por omisión una inactividad, una inacción, un dejar de hacer o decir algo<sup>1</sup>. Desde el punto de vista jurídico y a grandes rasgos, ya que la extensión de este trabajo no me permite examinar a fondo las diversas y matizadas posiciones que los autores han sostenido respecto a la omisión, se hará únicamente referencia a dos grandes posiciones doctrinales<sup>2</sup>, a las que de alguna forma pueden reconducirse las restantes.

Una, de alcance más amplio, entiende que la omisión, y por lo tanto la inconstitucionalidad por omisión, supondría cualquier vulneración de la Constitución derivada de la inactividad de los poderes públicos. Se incluiría en este supuesto la no emisión de disposiciones legislativas, así como de actos políticos, administrativos e incluso decisiones judiciales. Se trataría, pues, de incumplimientos de la obligación de actuación o de desarrollo que derivan de la propia Constitución.

Otra corriente doctrinal, de alcance más restrictivo, asocia la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente a la inactividad que proviene del Poder Legislativo<sup>3</sup>, inactividad que, por otra parte, puede ser total o parcial. La primera supone un silencio absoluto del legislador, es decir, la falta de ley, la segunda se predica de una norma legislativa determinada y se concreta en aquellos casos en los que ésta es parcial, incompleta o defectuosa<sup>4</sup>. Respecto a la «inconstitucionalidad», ésta se refiere a la vulneración de la Constitución,

---

1. El diccionario de la lengua española de la Real Academia de la Lengua (22ª edición) la define como la abstención de hacer o de decir.

2. Con detalle expone las diversas posturas FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998. pp. 74-80. Esta exposición se reitera en idénticos términos en el libro colectivo: *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: UNAM, 2003, con la contribución que lleva por título: «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión». Pp. 23-28.

3. Es desde esta perspectiva desde la que se tratará la inconstitucionalidad por omisión en este trabajo.

4. DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. P. 171.

lo que no significa de entrada, que de todo silencio del legislador u omisión de la Ley pueda derivarse la inconstitucionalidad.

Volviendo a la expresión «inconstitucionalidad por omisión», unos autores<sup>5</sup> entienden que esta tendría lugar solamente cuando del silencio se deriva una situación jurídica contraria a la Constitución, y, en consecuencia, el silencio que se produce es objeto de una prohibición constitucional. Para otros, el acento debe situarse en la existencia de un encargo al legislador por parte de la Constitución y en su incumplimiento por un largo período de tiempo<sup>6</sup>. Desde esta perspectiva se conceptualiza la inconstitucionalidad por omisión como «la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo durante un tiempo excesivamente largo de aquellas normas de obligatorio y concreto desarrollo de tal modo que se impide su eficaz aplicación». Hacen hincapié, por lo tanto, en la concurrencia de cuatro factores: en primer lugar, la existencia de una inactividad del Poder Legislativo. En segundo término, que esta inactividad persista durante un periodo excesivamente prolongado. En tercer lugar, que la inactividad se refiera a los «encargos» al legislador que realiza la Constitución, es decir, que se trate de exigencias constitucionales de desarrollo ulterior. Y en cuarto y último lugar, que la inactividad comporte una ineficacia o eficacia minorada de las normas del texto constitucional.<sup>7</sup> Esta última posición parece ser la postura (con más o menos matices) de la mayor parte de la doctrina española y el punto de partida, también del Tribunal Constitucional español, para apreciar la inconstitucionalidad por omisión.

---

5. VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO. «La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional». En: *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: UNAM, 2003. P. 75. Según este autor «lo relevante en el control de las omisiones constitucionales, no es tanto si el legislador incumplió o no una obligación constitucional con su silencio, cuanto si la norma implícita que cupiera derivar de ese su silencio crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución». Consecuencia de lo anterior es la innecesariedad de comprobar que existe un incumplimiento de una obligación constitucional contenida en un mandato constitucional para que el silencio constituya una omisión constitucional.

6. Son las que Villaverde ha denominado tesis «obligacionales» u «obligacionistas». Según este autor, lo relevante para el obligacionismo es que «con el silencio el legislador ha vulnerado cierto tipo de reservas de ley: aquéllas que no sólo reservan a la ley cierta materia, sino que además imponen al legislador la obligación de crear esa ley». Participa de esta posición Fernández Rodríguez. VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO. «La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional». En: *En busca de las normas ausentes... Op. cit.* P. 77.

7. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998. P. 81.

Por lo que respecta a la admisión de la inconstitucionalidad por omisión en El Salvador, la Sala Constitucional de la Corte Suprema la admite en sus sentencias de 28 de abril de 2000, de 19 de junio de 2001 y de 26 de febrero de 2002 y 12 de julio de 2005, a pesar de que ni en la Constitución salvadoreña ni en la vigente Ley de Procesos Constitucionales esté prevista, como uno de los mecanismos que garantizan la pureza de la constitucionalidad.

De sus pronunciamientos cabe destacar lo siguiente:

A. El carácter normativo y el rango de supremacía de la Constitución fundamentan la necesidad de que los mandatos constitucionales, como verdaderas normas jurídicas que son y que además se encuentran insertas en la Ley Suprema del ordenamiento jurídico salvadoreño, sean eficaces. La necesidad de garantizar esta eficacia comporta que la jurisdicción constitucional deba desarrollar mecanismos idóneos para evitar que la Constitución sea vulnerada por el comportamiento omisivo de los órganos y entes públicos encargados de velar por su realización.

B. En la Constitución se contienen mandatos al legislador, es decir, normas constitucionales que prevén la indispensable emisión de disposiciones infraconstitucionales que las desarrollen y concreten, para poder cobrar plena eficacia.

Sobre estos mandatos constitucionales pueden hacerse las siguientes precisiones: a) en primer lugar, que éstos no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución escrita, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte imprescindible para dotar de eficacia plena a la norma constitucional que contiene un mandato constitucional; y b) que tampoco es imprescindible que los mandatos contengan un plazo para la emisión de tales disposiciones infraconstitucionales, pues la misma Sala, como órgano encargado del control de constitucionalidad, puede determinar la razonabilidad de la dilación en el comportamiento omisivo de los órganos y entes investidos de potestades normativas.

C. En definitiva, los criterios determinantes para el cumplimiento del mandato constitucional son tres: 1. La existencia del mismo como mandato explícito o implícito en el texto constitucional –el asunto de «si existe»

el mandato constitucional–; 2. La razonabilidad del tiempo transcurrido para cumplir con la emisión de disposiciones infraconstitucionales –el «cuándo» se dará cumplimiento al mandato constitucional–; y 3. La forma en que se dará cumplimiento al mismo –el «cómo cumplir» el mandato constitucional.

D. Al declarar la inconstitucionalidad por omisión, la Sala Constitucional no sustituye al legislador porque no adopta la decisión que a éste le corresponde, únicamente le patentiza que tiene el deber constitucional de tomarla. Así, la Sala Constitucional –respetando escrupulosamente el principio de la autorestricción judicial o judicial *self-restraint*– se limita en los procesos relacionados con supuestas inconstitucionalidades por omisión, a lo siguiente: 1. A constatar si existe en el texto de la Ley Suprema un mandato constitucional de regular o legislar; 2. A constatar si existe un comportamiento omisivo del ente con potestades normativas; 3. A determinar si dicho comportamiento ha sido excesivamente dilatado; y 4. A concluir si con tal comportamiento omisivo, excesivamente dilatado, se vuelve ineficaz el mandato constitucional encontrado.

E. Finalmente, es preciso diferenciar entre la omisión inconstitucional de un mandato al legislador y las lagunas normativas o casos no previstos expresamente en la legislación secundaria. En ese sentido, hay que entender que una laguna no necesariamente se traduce en una omisión inconstitucional, puesto que un vacío en la legislación no supone el incumplimiento de una obligación de desarrollo de la Constitución, al existir la posibilidad de que el ordenamiento jurídico se integre a fin de encontrar la respuesta normativa a un caso no contemplado expresamente.

Una laguna es la ausencia de regulación de un supuesto de hecho que es merecedor de consideración jurídica, susceptible de ser superada mediante la autointegración o heterointegración del derecho, en la fase aplicativa del mismo; mientras que la omisión inconstitucional es producto del incumplimiento de una obligación de desarrollar un mandato constitucional.

Las lagunas, por tanto, son situaciones que en un momento aplicativo adquieren relevancia jurídica y que no han sido previstas en la legislación, mientras que la inconstitucionalidad por omisión implica situaciones previstas por la Constitución, en forma de mandato constitucional, que vinculan al legislador y que han sido incumplidas o no concretadas.

Hasta aquí se han expuesto una serie de criterios y razones que, en mi opinión, también sirven para justificar la admisión de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho español<sup>8</sup>. La Constitución, norma suprema, que como ha proclamado el Tribunal Constitucional es fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico, impone que el poder legislativo se sitúe por debajo del poder constituyente, lo que, entre otras consecuencias, comporta que la posible contravención de aquella pueda producirse tanto por la actuación del poder legislativo, como por su inactividad. Las constituciones contemporáneas no son normas estáticas pues pretenden transformar la realidad social y, en este sentido, la Constitución española no es una excepción porque esta función política de transformación social se encuentra reflejada claramente en su artículo 9.2<sup>9</sup>. Esta concepción de la Constitución como fundamentadora del estado social conduce también a aceptar la inconstitucionalidad por omisión del legislador.

No obstante lo anterior y antes de finalizar este apartado, hay que reconocer que aún existen problemas tanto de orden teórico como práctico para la aceptación de la «inconstitucionalidad por omisión». Se esgrimen todavía muchos y variados argumentos para rechazarla<sup>10</sup>. Entre ellos, cabe destacar los siguientes<sup>11</sup>: 1. La inexistencia en la propia Constitución de mecanismos para proceder al control<sup>12</sup>; 2. El papel de legislador negativo (y

---

8. Es interesante destacar que la doctrina española tardó mucho en abordar en profundidad la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Así, aparte de contados artículos doctrinales sobre la cuestión, no es hasta los años 1997-1998 en los que aparecen obras monográficas sobre el tema. En este sentido cabe destacar los estudios de GÓMEZ PUENTE, CARLOS. *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997; VILLAVARDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998

9. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

10. Un buen ejemplo de ello son los diversos trabajos de Carlos Ruiz Miguel respecto a la inconstitucionalidad por omisión. Se recopilan sus diversos argumentos en: «Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión». *Revista de las Cortes Generales* n.º 51 (2001): 147-167.

11. *Vid.* TAJADURA TEJADA, JAVIER. «La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales». En: *En busca de las normas ausentes... Op. cit.* P. 299 y siguientes.

12. A diferencia de la Constitución portuguesa, una de las pocas que reconoce expresamente el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en su artículo 283, que establece: «1. A requerimiento del presidente de la República, del defensor del pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas, los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional deberá examinar y comprobar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. 2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional compruebe la existencia

en ningún caso positivo) que debe tener el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>; 3. La libertad del legislador que se sitúa en un esquema muy diferente a la relación ley-administración; y 4. El respeto al principio de división de poderes.

## II. EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### A. En general

A continuación se examinará la concreción práctica que ha tenido la «inconstitucionalidad por omisión» y, por tanto, qué tipo de control se ha ejercido sobre estas omisiones por parte del Tribunal Constitucional<sup>14</sup>. Las

---

de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente». (Traducción extraída del libro *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Edición a cargo de Francisco Rubio Llorente y Mariano Daranas Peláez. Barcelona: Ariel, 1997).

Respecto a Latinoamérica, el caso más relevante en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión (en sentido amplio) por parte de los Poderes del Estado, lo contempla la Constitución de Brasil, que en su artículo 103 dispone:

«Puede interponer la acción de inconstitucionalidad:

- I. El presidente de la República;
- II. La Mesa del Senado Federal;
- III. La Mesa de la Cámara de los Diputados;
- IV. La Mesa de la Asamblea legislativa;
- V. El gobernador del Estado;
- VI. El procurador general de la República;
- VII. El Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;
- VIII. Los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;
- IX. Las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

[...]

2.º Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.

[...]

13. La Ley orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 39.1 dice: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia».

14. Como indica GÓMEZ PUENTE, MARCOS. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. P. 84, no solamente compete garantizar el respeto y el cumplimiento de la Constitución al Tribunal Constitucional. También los jueces y tribunales ordinarios deben aplicarla e interpretarla y, por tanto, deben tener facultades de control sobre la inactividad legislativa u omisión legislativa inconstitucional. Este control podría tener lugar tanto de forma directa (dando prioridad, en la aplicación, al texto constitucional frente a una

peculiaridades propias de la configuración de este órgano constitucional sin duda pueden condicionar y reducir las posibilidades de que éste conozca y resuelva algunos supuestos de omisión legislativa. Estas características son principalmente las siguientes: 1. El Tribunal normalmente no actúa de oficio sino a solicitud de parte interesada. 2. La legitimación guarda relación con la naturaleza de la actividad jurisdiccional que se solicita ante el Tribunal. 3. Esta actividad tiene normalmente carácter revisor. 4. La competencia del Tribunal se ejerce a través de procedimientos concretos y tasados (el recurso y la cuestión de constitucionalidad, el recurso de amparo y los conflictos de competencia).

No obstante lo anterior, y excepto en unos primeros pronunciamientos en que el Tribunal se mostró reacio a la admisión de la inconstitucionalidad por omisión<sup>15</sup>, con el tiempo, el Tribunal Constitucional la ha aceptado tanto en relación con determinados derechos fundamentales, como referida a cuestiones competenciales cuya importancia es obvia desde el punto de vista de configuración del Estado de las autonomías presente en el Estado español.

El Tribunal ha efectuado este reconocimiento partiendo de las que se han denominado tesis «obligacionales» u «obligacionistas». Así, en la Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, manifestó lo siguiente: «debemos señalar que no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular alegando que el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la ley 48/1981 para reestructurar la prestación de asistencia a las Fuerzas Armadas, pues la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (FJ 3). Este criterio fue reiterado posteriormente por el Alto Tribunal en las STC 74/1987, de 25 de mayo (FJ 4) y 164/2001, de 11 de julio (FJ 49).

---

eventual laguna legal, por ejemplo) como indirecta (con ocasión de la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad).

15. Argumentaba que el Tribunal no debe convertirse en legislador positivo. Esta posición se vislumbra en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, donde se sostiene «el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre la inadecuación de los preceptos a la Constitución» (FJ 6). Posteriormente también puede deducirse en alguno de los votos particulares de sus sentencias. Así, en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, donde el magistrado Francisco Tomás y Valiente muestra su preocupación de que el Tribunal Constitucional se convierta en un legislador positivo. En efecto dice que: «La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales».



En esta última, relativa a la Ley del Suelo, el Tribunal señala que: «Ni del sistema constitucional de competencias, ni de nuestra propia doctrina resulta que el Estado deba regular de forma general la concurrencia entre competencias sectoriales y las de ordenación del territorio. No existiendo ese deber constitucional de regulación, debe rechazarse la existencia de una omisión legislativa contraria a la Constitución».

## B. Omisiones absolutas y relativas. Cauces procesales

En este ámbito debe distinguirse entre el control de las omisiones absolutas, en las cuales, como se ha indicado, no existe ningún tipo de previsión, de las omisiones relativas. En el primer caso, la introducción del control de este tipo de omisiones por parte del Tribunal Constitucional resulta muy difícil dado que en el ordenamiento jurídico español la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) exige un objeto concreto de control. No obstante, ante esta tesitura los autores han planteado diversas opciones. Una de ellas<sup>16</sup> considera que la sede más adecuada para realizar el control de la omisión es la del juez ordinario, con motivo de los actos de ejecución de la norma implícita derivada del silencio del legislador. El juez ordinario integrará la supuesta laguna normativa mediante la interpretación conforme a la Constitución de la situación jurídica que se somete a su examen. Por este motivo, el papel del Tribunal Constitucional ante el posible recurso de amparo que quepa interponer será controlar más la integración que el juez ordinario ha hecho de la omisión legislativa absoluta que la constitucionalidad de ésta. La crítica a esta postura deriva del hecho que la interpretación política de la legislación es realizada en este caso por la jurisprudencia ordinaria y, sobre todo, porque el desplazamiento del control de las leyes de su sede natural (el Tribunal Constitucional) hacia un control difuso es dudosamente compatible con el modelo constitucional.

Otra postura doctrinal apunta la posibilidad de introducir una acción de inconstitucionalidad directa residenciable ante el órgano de justicia constitucional tanto para las omisiones relativas como para las absolutas, donde los requisitos de admisión deberían recoger la vulneración de la obligación de desarrollo proveniente de la norma constitucional, y con la misma legitimación activa que la que existe para plantear la acción de

---

16. Vid. VILLAVERDE, IGNACIO. «La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional». En: *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Op. cit. P. 79-80.

inconstitucionalidad contra normas de rango de ley<sup>17</sup>. Otra solución sería la de crear, mediante una reforma de la LOTC, algún instrumento específico de control de las omisiones absolutas para casos excepcionales. Se trataría de una regulación con una legitimación limitada, que evitara otorgar un excesivo papel al Tribunal Constitucional, habida cuenta de que se está ante un supuesto de control de naturaleza más política que jurídica<sup>18</sup>. A nivel práctico, cabe apuntar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en ningún caso sobre las omisiones legislativas absolutas.

Sí lo ha hecho, en cambio, respecto al control de las omisiones legislativas relativas. Los cauces procesales de los que se ha servido el Alto Tribunal para examinar este tipo de omisiones, han sido básicamente tres:

a) Con ocasión del control de constitucionalidad de las leyes a través de la resolución del recurso de inconstitucionalidad. Aunque este recurso de inconstitucionalidad, además de las restringidas condiciones de legitimación, sólo cabe contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley<sup>19</sup>, es decir, contra actos expresos entre los que no puede incluirse, en principio, una omisión legislativa, el Tribunal Constitucional ha constatado en ocasiones un ejercicio insatisfactorio de la potestad legislativa en el sentido de que una norma puede omitir determinadas previsiones que resultan constitucionalmente de obligada inclusión. Al ser competente para declarar si las leyes o normas con rango de ley exceden los límites tanto formales como materiales de la Constitución, cuando al interpretar los preceptos

---

17. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998. P. 221.

18. Vid. ESCOBAR ROCA, GUILLERMO, en su reseña sobre los libros de Gómez Puente, Villaverde y Fernández Rodríguez. «El Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4 (1999): P. 369.

19. Artículo 31 LOTC: «El recurso de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley podrá promoverse a partir de su publicación oficial».

Artículo 32 LOTC:

«1. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de autonomía y demás leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas y disposiciones normativas y actos del Estado o de las comunidades autónomas, con fuerza de Ley, tratados internacionales y reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El presidente del Gobierno
- b) El defensor del pueblo
- c) Cincuenta diputados
- d) Cincuenta senadores

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las comunidades autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto».

cuestionados ha entendido que no eran compatibles con la Constitución –tanto porque sobrepasaban por exceso, pero también por defecto, los mencionados límites– los ha anulado o interpretado de conformidad con el texto constitucional.

b) Con ocasión de la resolución del recurso de amparo. De acuerdo con el artículo 53.2 CE<sup>20</sup>, este mecanismo se halla restringido desde el punto de vista material al contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas y al principio de igualdad eventualmente lesionado por la omisión del legislador. Debido a que no está concebido como un procedimiento directo y abstracto de control de constitucionalidad<sup>21</sup>, en el supuesto de que la lesión de un derecho fundamental sea consecuencia de la aplicación de una ley que contiene una omisión, la Sala de Amparo del Tribunal Constitucional, puede elevar al Pleno esta ley lesiva de derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.2 LOTC)<sup>22</sup> después de estimar el amparo<sup>23</sup>.

---

20. Este artículo dispone: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2 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 artículo 30.»

21. A pesar de ello, en algún caso, como en la STC 31/1994, de 31 de enero, que se analizará posteriormente en el apartado C, el Tribunal hace una apreciación de inconstitucionalidad por omisión en la propia Sentencia que resuelve el recurso de amparo. En este caso se estimó el amparo al haber, el legislador, diferido *sine die* y más allá de todo tiempo razonable la regulación de la televisión por cable.

22. Lo que se ha denominado autocuestión de inconstitucionalidad. El artículo 55.2 LOTC dispone que «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva Sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes».

23. Aunque el artículo 55.2 LOTC ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como un cauce adecuado para apreciar la inconstitucionalidad por omisión, cabe destacar que en la Sentencia 184/2003, de 13 de noviembre, el Alto Tribunal se pronuncia en sentido contrario. Así, el Tribunal, al resolver sobre el artículo 579.3 LECrim, con ocasión de la interposición de un recurso de amparo, y al admitir el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad, en su Fundamento Jurídico 7 sostiene que «El mecanismo de control de constitucionalidad de la Ley que el art. 55.2 LOTC ordena con carácter consecuente a la estimación del recurso de amparo está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de las que se avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia [...]», ya que en estos casos «el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta inútil, en la medida en que la reparación de la eventual inconstitucionalidad sólo podría alcanzarse supliendo las insuficiencias de las que trae causa y no mediante la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, nulidad de un precepto que no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de

c) Con ocasión de la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales<sup>24</sup>, cuando estos órganos jurisdiccionales al intentar cubrir una laguna legal que presenta una determinada norma a través de otras normas legales han tenido dudas de constitucionalidad sobre las cuales fundamentan la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

## C. Supuestos de omisión inconstitucional

El Tribunal Constitucional ha controlado las omisiones legislativas y ha apreciado la inconstitucionalidad por omisión en dos grandes ámbitos: en relación con los derechos fundamentales, y en la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

### *a) La declaración de la inconstitucionalidad por omisión respecto a los derechos fundamentales*

Los casos más frecuentes en que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad por omisión se enmarcan en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales provocada ya sea porque la norma enjuiciada ha infringido el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, bien porque la norma ha violado el derecho a expresar libremente las ideas, los pensamientos y las opiniones mediante la palabra, el escrito, o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a CE) o el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d CE). Asimismo, recientemente, el Tribunal también ha considerado que la inconstitucionalidad por omisión

---

decir. Ni siquiera hipotéticamente a través de una Sentencia interpretativa podría este Tribunal colmar todos los vacíos con la necesaria precisión por cuanto por medio de una interpretación no podría resolver en abstracto más de lo que de manera concreta haya ido estableciendo».

Es por ello que el Tribunal estima el amparo e insta al legislador para que establezca una regulación ajustada a las exigencias de la Constitución.

24. De acuerdo con el artículo 35 LOTC: «1. Cuando un juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en que medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión [...]».

puede producirse cuando la norma limita el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental.

1. La infracción del principio de igualdad (art. 14 CE)<sup>25</sup>

Respecto a la declaración de la inconstitucionalidad por omisión derivada de la infracción del principio de igualdad, ha sido tratada en supuestos en los que la ley incluye a quien no debiera, y en otras ocasiones porque excluye a quien no debería haber dejado fuera. Puede citarse como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1996, de 22 de julio, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 62 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para 1994, en cuanto a la nueva redacción dada a las letras b) y c) del apartado 1 del art. 9 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Con las modificaciones introducidas por la Ley 21/1993 en la Ley 18/1991, se estableció un régimen diferenciado para las pensiones provenientes por una parte de la Seguridad Social y por otra para las de los funcionarios públicos. Así, en el caso de la Seguridad Social, se encontraban exentas del impuesto las prestaciones correspondientes a incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. Por el contrario, en el caso de los funcionarios públicos sólo se consideraban por la ley exentas las causadas en este último caso (gran invalidez), sin que hubiera mención alguna al supuesto de incapacidad permanente absoluta.

Al resolver el recurso, el Tribunal Constitucional considera en la Sentencia citada que «la diferenciación introducida por la nueva redacción de la Ley 18/1991 entre las pensiones de invalidez permanente de la Seguridad Social y las de los funcionarios públicos vulnera el principio de igualdad consagrado en la Constitución porque, desde la perspectiva de la finalidad de la norma, carece de una justificación objetiva, razonable y proporcionada» (FJ 8). Y declara inconstitucional y nulo el mencionado artículo «por cuanto ha venido a suprimir, sólo para los funcionarios de las Administraciones Públicas que se hallen en situación de incapacidad permanente absoluta, la exención de dicho impuesto» (FJ 9).

Por otra parte también pueden citarse otras sentencias en las que la ley excluye a quien no debiera. Una de ellas es la 103/1983, de 22 de

---

25. Artículo 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

noviembre, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo n.º 1 de Madrid, sobre el artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social. En el artículo 160 de esta Ley se establecía una notoria diferencia de régimen jurídico entre el derecho a la pensión de viudedad de las viudas y el de los viudos. La condición del derecho de pensión de las viudas se ligaba únicamente a la convivencia habitual con el cónyuge causante o, en todo caso, a la separación legal con sentencia firme que la hubiera reconocido como inocente, además de haber completado el período de cotización reglamentario, salvo cuando la causa de la muerte fuera un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Por el contrario, el derecho de pensión del viudo era más limitado ya que se condicionaba a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se tratase de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitada para el trabajo y a cargo de la fallecida. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional reconoce que el único factor diferencial que el artículo 160 contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viudo o viuda, lo que sitúa el precepto directamente en contra del artículo 14 de la Constitución.

En este caso el Tribunal declara inconstitucional el apartado 2 del artículo 160 y el inciso «viuda» del apartado 1 para que de este modo se asimilaran los derechos a la pensión entre los viudos y viudas de los trabajadores afiliados a la Seguridad Social.

Del mismo modo, se puede asimismo enmarcar en esta tipología de sentencias la 116/1987, de 7 de julio, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid por supuesta inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ley 37/1984, de 22 octubre 1984, al definir los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República por oposición a los arts. 1, párr. 1.º, 9 y 14 de la Constitución. En sus considerandos la Sala sostuvo que la citada Ley establecía un régimen jurídico claramente diferenciado para las dos hipótesis que contemplaba. Así, mientras en sus artículos 1 y 2 reconocía a los oficiales, suboficiales y clases del Ejército de la República que hubieran consolidado su empleo con anterioridad al 18 de julio de 1936 la posibilidad de pasar a la situación de retirado, con los derechos u obligaciones inherentes a la misma, con el empleo que, por antigüedad, habrían alcanzado de haber continuado en servicio activo hasta la fecha en que, por edad, les hubiera correspondido el pase a la precitada situación militar, a los restantes, esto es, a quienes ingresaron

en el Ejército de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936, solamente se les reconocía en los artículos 4 y 5 el tiempo de servicios que en su día prestaron a la República, además de una pensión sujeta en todo caso al régimen de incompatibilidades que habría de establecerse reglamentariamente.

El Tribunal Constitucional, en esta Sentencia, analiza la Ley 37/1984, y constata en ella dos efectos. En primer lugar, que en su título I se ha venido a poner fin a una distinción de trato entre los militares y los funcionarios civiles de la República, al reconocer a los primeros la condición de retirados, procediendo de este modo a la equiparación entre ambas categorías de funcionarios, con la salvedad de la reincorporación al servicio activo a la que aquéllos seguirán sin poder acogerse. Y en segundo lugar, que la equiparación antes dicha no ha alcanzado a todos los funcionarios militares al servicio de la República, sino sólo a una parte de los mismos: aquellos que hubieran consolidado su empleo con anterioridad al 18 de julio de 1936. Como consecuencia de este límite temporal, persiste, en efecto, la distinción de trato entre los funcionarios civiles y los funcionarios militares que consolidaron su empleo con posterioridad al 18 de julio de 1936.

Por lo tanto, a juicio del Alto Tribunal, el *tertium comparationis* no es tanto en este caso el trato legal otorgado por la Ley 37/1984 a los militares anteriores al 18 de julio de 1936, cuanto la situación y el trato dispensado por la legislación de amnistía a los funcionarios civiles que consolidaron su empleo con posterioridad al 18 de julio de 1936. Es esa última distinción de trato entre funcionarios civiles y funcionarios militares, todos ellos posteriores a la rebelión militar –distinción ciertamente no creada por la Ley 37/1984, pero sí mantenida por ella en su artículo 1.º– la que requiere un enjuiciamiento desde los postulados del art. 14 de la Constitución.

En el Fundamento Jurídico 9 de esta Sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce que se vulnera el principio de igualdad y declara «la inconstitucionalidad parcial del artículo 1 de la Ley 37/1984 en lo que concierne al mantenimiento de la discriminación existente entre los funcionarios civiles y los funcionarios militares de la República que, con carácter profesional, ingresaron en el Ejército con posterioridad al 18 de julio de 1936, debiendo entenderse que estos últimos tienen los mismos derechos que el art. 2 de la Ley 37/1984 reconoce a los militares profesionales de la República ingresados en el Ejército con anterioridad al comienzo de la guerra civil».

2. La infracción del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a CE) y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d CE)<sup>26</sup>

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 31/1994, de 31 de enero<sup>27</sup>, con ocasión de la interposición de varios recursos de amparo acumulados frente a órdenes de la Administración referentes al cese de las emisiones efectuadas por diversas emisoras de televisión local por cable, otorgó el amparo solicitado, basándose en los siguientes argumentos (FJ 7):

1. La Constitución, al consagrar los derechos establecidos en su artículo 20.1.a y d, también consagra el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades. Ahora bien, no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Por ello, respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración.

2. A pesar de ello el legislador no puede diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de unos derechos fundamentales como son los reconocidos en el art. 20.1.a y d CE. La ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a y d del artículo 20.1 CE, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable.

3. En lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, no puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en

---

26. Artículo 20.1.a y d CE: «Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción

[...]

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

27. En el mismo sentido, STC 47/1994, de 16 de febrero, 98/1994, de 11 de abril y 240/1994, de 20 de julio.



que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados *ex Constitutione*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el artículo 53.1 CE.

El Tribunal Constitucional, en este caso, relaciona la inconstitucionalidad por omisión con el transcurso de un lapso más que prudencial desde la aprobación de la Constitución y el desarrollo legislativo de un determinado derecho. De hecho, la Ley 10/1988 reguló únicamente la televisión privada de cobertura nacional por medio de ondas hertzianas siendo, por lo tanto, sólo una regulación parcial sobre la materia.

### 3. La limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)<sup>28</sup>

El Tribunal Constitucional en dos recientes Sentencias, la 138/2005, de 26 de mayo y la 156/2005, de 9 de junio, ha declarado la inconstitucionalidad por omisión del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, debido a la limitación que éste supone al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

La Sentencia 138/2005 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid sobre el primer párrafo del artículo 136 del Código Civil, en cuanto fija como *dies a quo*, para el cómputo del plazo de un año en que el marido puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, la fecha en que se produjo la inscripción de la filiación<sup>29</sup>, o bien, subsidiariamente, aquella a partir de la cual el marido conozca el nacimiento del hijo. El Juzgado denuncia la posible contradicción de este artículo con los derechos a la igualdad en la Ley, a una tutela judicial efectiva sin indefensión y al mandato de investigar la paternidad que dimana de los artículos 14, 24.1 y 39.2 CE.

El Tribunal Constitucional considera, en el Fundamento 4 de la Sentencia, que el precepto objeto de la cuestión resulta contrario a la Constitución, en lo que tiene de norma excluyente, ya que «El enunciado

---

28. Artículo 24.1 CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

29. El primer párrafo del artículo 136 CC dice: «El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento».

legal, al referirse tan sólo al marido que desconoce el nacimiento del hijo, entraña la exclusión a contrario de quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal. Pues bien, esta exclusión *ex silentio* tiene como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral».

En consecuencia, en el Fundamento 4 citado, el Tribunal concluye que el artículo 136 CC cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esta limitación del derecho a la tutela judicial efectiva guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. Así pues, «La imposición al marido de una paternidad legal [...] por una presunción legal que siendo inicialmente *iuris tantum* sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 9.2 CE) y, por extensión con la dignidad de la persona (art. 10.1), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción».

El Tribunal Constitucional declara inconstitucional el párrafo primero del artículo 136 CC, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha inscrito como hijo suyo en el Registro Civil.

El Alto Tribunal, sin embargo, declara que la inconstitucionalidad no comporta la nulidad del precepto, ya que, con ello, se generaría un vacío normativo que no es deseable. Más adelante, en el apartado D de este trabajo se hará una referencia específica a las sentencias de declaración de mera inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad.

Esta misma doctrina está también recogida en la Sentencia 156/2005, de 9 de junio, dictada con ocasión del planteamiento por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía, de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.

*b) La declaración de la inconstitucionalidad por omisión en la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas*

El segundo ámbito donde el Tribunal Constitucional ha apreciado la inconstitucionalidad por omisión ha sido en el de la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, y más específicamente en la ausencia de bases en la legislación del Estado, que, en principio, prevé impedir el desarrollo legislativo por parte de la comunidad autónoma en un sector determinado. A este respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado como mínimo en cuatro sentencias que serán examinadas a continuación:

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1996, de 30 de mayo, sobre la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional resuelve la impugnación de algunos preceptos de la Ley. Por lo que aquí interesa, y en concreto respecto a sus artículos 42 y concordantes, el problema suscitado radicaba en que atribuían a las comunidades autónomas que hubiesen asumido competencias sobre cajas de ahorros y cooperativas de crédito, un núcleo (aunque reducido) de competencias sancionadoras, pero por otra parte silenciaban las competencias de las comunidades autónomas respecto a los bancos y otras entidades del sector financiero. A pesar de que el Alto Tribunal acepta una distinta intensidad de la competencia estatal cuando se proyecta sobre unas u otras entidades debido a las especiales características de cada una de ellas, reconoce también que «la falta de mención a las restantes entidades financieras o de crédito que no son Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito, que se aprecia en el art. 42 de la Ley 26/1988, supone una asunción implícita de las competencias respecto de ellas por parte del Estado. Asunción de competencias que resulta contraria al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, en cuanto determina lisa y llanamente el total vaciamiento de la competencia autonómica previamente reconocida y asumida en los Estatutos de Autonomía en materia de ordenación del crédito, al desconocer absolutamente la Ley impugnada cualquier posibilidad de actuación de las Comunidades Autónomas respecto de todas las entidades que no sean Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito» (FJ 22).

La inconstitucionalidad por omisión del artículo 42 resulta, pues, claramente reconocida cuando el propio Tribunal indica que: «La inconstitucionalidad se predica así, no de la mención expresa a las Cajas

de Ahorro o Cooperativas de crédito que se efectúa en los correspondientes incisos de los apartados 1 (“respecto de Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito”), 2 (“respecto de las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de crédito”) 3 (“sobre las entidades citadas”) y 7 (“en materia de Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito”) del art. 42 de la Ley 26/1988, sino del hecho de que sólo se mencione a éstas, sin ninguna referencia a las restantes entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley. Por ello, la Generalidad de Cataluña pide, con buen criterio, que se declare la inconstitucionalidad del primer inciso del art. 42.1 de la Ley 26/1988, y otros preceptos por conexión, “en lo que respecta a las entidades de crédito que no tienen la consideración de Cajas de Ahorro y Cooperativas de crédito» (FJ 22).

En este supuesto, el Tribunal declara que debe ser el legislador quien debe remediar la inconstitucionalidad del precepto en uso de su libertad de configuración normativa y debe hacerlo en un periodo de tiempo razonable, ya que «Al recaer la declaración de inconstitucionalidad sobre un precepto que excluye a las Comunidades Autónomas de un ámbito competencial reconocido en sus Estatutos de Autonomía, y no –como es la regla– sobre lo que el texto dice expresamente (STC 11/1981, fundamento jurídico 4.º), este Tribunal no debe entrar siquiera a examinar cuál haya de ser la regulación básica de las potestades de disciplina e intervención respecto a las entidades de crédito que no son Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito. Ese juicio implicaría la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y por ende la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (STC 45/1989, fundamento jurídico 11)» (FJ 22).

El Tribunal llega, pues, a la conclusión de inconstitucionalidad del precepto pero sin declarar la nulidad de la regulación expresa que se contiene en él.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional 235/1999, de 16 de noviembre, sobre la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE, de 15 de noviembre de 1989).

En el concreto supuesto de la STC 235/1999, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el apartado quinto de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, que sometía a los establecimientos financieros de crédito al régimen sancionador previsto en el título I de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, por idénticas razones a las esgrimidas

en la Sentencia 96/1996, citada anteriormente, y porque, en definitiva, se impide (por omisión) el ejercicio por las comunidades autónomas (en este caso la Generalidad de Cataluña) de sus competencias legislativas y de ejecución en esta materia respecto a las entidades financieras que no son ni cajas ni cooperativas de crédito. Al igual que en su anterior Sentencia, el Tribunal reitera que debe ser el legislador quien ejerza la labor de determinar qué debe considerarse básico en la materia y cuál es la intervención que debe reconocerse a las comunidades autónomas, y efectúa una declaración de inconstitucionalidad del precepto que, sin embargo, no comporta la nulidad del mismo, habida cuenta que «la declaración de nulidad de esta disposición, consecuenta a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable en materia tan importante como es el régimen sancionador de los establecimientos financieros de crédito. [...] no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, así, cuando “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”».

A pesar de ello, y ante el caso omiso que el legislador hizo respecto al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 96/1996, el propio Tribunal, en el Fundamento Jurídico 13 de la Sentencia que examinamos, quiere hacer hincapié en que:

«El transcurso de más de tres años desde aquel pronunciamiento desborda, como es notorio, el criterio de un “tiempo razonable” para acomodar la norma a la Constitución, lo que ha deparado la anómala pervivencia de una situación contraria al reparto constitucional y estatutario de competencias.

Así las cosas, este Tribunal debe reiterar el inexcusable imperativo constitucional que sobre el legislador pesa en orden a la reparación con presteza de semejante situación contraria al bloque de la constitucionalidad, intervención legislativa reparadora que tras otras Sentencias y para otros ámbitos –vale recordar– no ha incurrido en demora desproporcionada (STC 45/1989). La declaración de inconstitucionalidad del precepto y la reiteración, que queda hecha, de la necesaria intervención legislativa bastan, cabe esperar en virtud del principio de lealtad constitucional, para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional, no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo (SSTC 195/1998, fundamento jurídico 5 y 208/1999, fundamento jurídico 8)».

3. Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, de 19 de febrero, sobre la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional aprecia la inconstitucionalidad por omisión de los artículos 21.4 y 62.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en la medida en que desconocen la competencia de las comunidades autónomas en materia de protección del medio ambiente al no prever intervención alguna de las mismas a través de mecanismos de cooperación.

Así, respecto al artículo 21.4, el Tribunal sostiene que aunque se dicta al amparo de la competencia del Estado sobre puertos, es evidente que las medidas previstas en él tienen una clara incidencia en el medio ambiente y es esta incidencia de los dragados y vertidos en el medio ambiente la que exige el establecimiento de un cauce para que las comunidades autónomas puedan intervenir. Aunque el Tribunal apunta que este cauce pudiera ser un informe previo, deja a la elección del legislador su determinación concreta. El Tribunal finaliza diciendo que: «Estamos ante un claro supuesto de competencias confluyentes sobre el mismo medio físico, cuya articulación debe hacerse a través de soluciones de cooperación entre las administraciones afectadas, soluciones que, al ser por completo ignoradas en la norma que se impugna, acarrearán la inconstitucionalidad de esta última» (FJ 41).

Con argumentos similares declara la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 62 de la Ley. Del apartado 2 porque el inciso segundo realiza una remisión expresa a lo dispuesto en el artículo 21.4 y del inciso primero porque al señalar los informes que deben recabarse para la elaboración de los proyectos de dragados portuarios, incluye únicamente los relativos a la materia de pesca y de arqueología, ignorando por completo las competencias sobre medio ambiente de las Comunidades Autónomas al no prever ninguna forma de intervención por parte de éstas.

En cuanto al apartado 3, se declara inconstitucional porque al disponer que la Autoridad Portuaria debe remitir a la Capitanía Marítima los datos de las cantidades vertidas de material de dragado, la localización de la zona o zonas de vertido, no prevé que esta información sea remitida a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique el puerto.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad pero no la nulidad de los preceptos.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, sobre la Ley 16/1989 de 17 de julio, de defensa de la competencia.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, atribuyó al Estado la totalidad de competencias ejecutivas sobre esta materia. En respuesta a la impugnación de la Ley por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia que se comenta, argumenta que la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas en la materia queda patente ya en la exposición de motivos, donde se atribuye al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia la totalidad de la función aplicativa. Por lo demás, se infiere del texto de la Ley, en la medida en que se menciona a las Comunidades Autónomas para asignarles posibilidades y deberes de colaboración (art. 51 LDC), que en ningún momento se les atribuye, aunque sea mínimamente, la función ejecutiva.

Por ello, el Alto Tribunal declara inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25 a y c, en la medida en que en ella se desconocen las competencias ejecutivas sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos. Los preceptos enunciados desconocen que, cuando se trata de actos realizados dentro del territorio de una comunidad autónoma, que carecen de trascendencia sobre el mercado supraautonómico, la competencia ejecutiva corresponde a las comunidades autónomas (FJ 7).

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de los preceptos difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las comunidades autónomas ejercitar las competencias<sup>30</sup>, e insta al legislador para que actúe en el plazo más breve posible ya que: «de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas.

---

30. Como apunta Ramon M. Llevadot, en su contribución al *Seminario sobre Autonomía y Justicia* en Cataluña, la Sentencia parece, sin embargo, prefigurar ya cuál será el punto de conexión: los actos que falseen la competencia realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y que no tengan trascendencia sobre el mercado supraautonómico. Fuera de este ámbito la competencia sería estatal. LLEVADOT ROIG, RAMON M. «La impugnació de la inactivitat del legislador». En: *VI Seminari sobre Autonomia i Justícia a Catalunya*. Barcelona; Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, 2002. P. 113-128.

El Estado de las Autonomías configurado por nuestra Constitución no alcanzará, en esta materia, su diseño acabado en tanto el orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos no alcance plena realización. Del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. Esa situación es, desde luego, provisional y, por supuesto, debe acabar cuanto antes. “La lealtad constitucional obliga a todos” (STC 209/1990, fundamento jurídico 4.º), y en este caso especialmente al Estado, a ponerle fin en el plazo más breve posible» (FJ 8).

Cabe destacar que, en el mismo momento en que se dictó la Sentencia, se estaba tramitando un Proyecto de Ley de modificación de la Ley 16/1989, que finalmente se convirtió en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y que incorporó en su disposición final segunda la previsión de que, antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno debía presentar ante el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulasen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999.

Esta articulación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas finalmente se llevó a cabo mediante la Ley 1/2002, de 21 febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, superando con creces el plazo establecido por el legislador.

D. Tipología de sentencias dictadas: las sentencias apelativas. Las sentencias aditivas. Las sentencias de declaración de inconstitucionalidad parcial. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad

En apartados anteriores han destacado algunas Sentencias del Tribunal Constitucional que hacen referencia a inconstitucionalidades por omisión. A continuación se examinarán las técnicas y las fórmulas empleadas por el Alto Tribunal cuando se enfrenta al control de la omisión legislativa.

Siguiendo a Ahumada Ruiz<sup>31</sup>, cabe destacar que el Alto Tribunal a lo

---

31. AHUMADA RUIZ, M<sup>a</sup> ÁNGELES. «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8 (1991): 171 y siguientes.



largo de su jurisprudencia ha utilizado varias técnicas de decisión a las que seguidamente se hará referencia.

1. Sentencias apelativas, en las que se efectúan una serie de recomendaciones al legislador, bien seguidas de un pronunciamiento de constitucionalidad o bien de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, en estos casos, se limita a formular recomendaciones, indicaciones o admoniciones al legislador, incluidas como *obiter dictum* en sus sentencias. Aunque su eficacia no es clara, es evidente que su importancia es enorme puesto que la advertencia al legislador, en la práctica, repercute en el fallo y lo condiciona. Ejemplos claros de este tipo de pronunciamientos son las Sentencias 42/1982 y 53/1985. En la Sentencia 42/1982, de 5 de julio, dictada con ocasión de la resolución de un recurso de amparo, el Tribunal, en el Fundamento Jurídico 2 dice lo siguiente: «La idea del Estado Social de Derecho (artículo 1.1 CE) y el mandato genérico del artículo 9.2 exigen, seguramente, una organización del derecho a ser asistido de letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias que desgraciadamente han quedado muy de relieve en el presente caso». En la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, dictada con ocasión de la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad<sup>32</sup> sobre la reforma del artículo 417 del Código penal para la despenalización del aborto, en su Fundamento Jurídico 12, el Tribunal Constitucional examinó si las medidas de garantía que se imponían eran suficientes para considerar que la regulación que se contenía en el Proyecto cumplía las exigencias del artículo 15 de la Constitución. A tal efecto, realizó las siguientes recomendaciones: «Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, el aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del *nasciturus* exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

---

32. El recurso previo de inconstitucionalidad (hoy derogado) preveía la posibilidad de que el Tribunal Constitucional indicara las correcciones necesarias para la mejor acomodación a la Constitución de la futura ley y por ello fomentaba la utilización de este tipo de sentencias apelativas por parte del Tribunal.

[...] el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional».

El Tribunal acaba indicando:

«Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4.b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio –y sin excluir otras posibles– permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente»<sup>33</sup>.

Estas recomendaciones al legislador, como se ha apuntado más arriba, condicionan el fallo del Tribunal. Este ha declarado que: «El Proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el artículo 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia».

2. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma. Se declara la inconstitucionalidad de la norma «limitadamente a la parte... en cuanto...»

En este caso el Tribunal declara la inconstitucionalidad parcial de una ley en cuanto que sus normas, al omitir ciertas previsiones, vulneran el principio de igualdad y conducen a un resultado discriminatorio e inconstitucional. Un ejemplo de este tipo de Sentencias es la 116/1987, de 7 de julio, que, como ya se ha indicado en el apartado anterior de esta exposición, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid por supuesta inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 4 y 5 de

---

33. Como ya se ha indicado (*Vid.* nota 14), esta aseveración no obsta para que el magistrado Tomás y Valiente, en su voto particular mantenga que «La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo».

la Ley 37/1984, de 22 octubre, al definir los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República por oposición a los artículos 1, párrafo 1.º, 9 y 14 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad resolviendo lo siguiente: «1º. Declarar que el art. 1 de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, es parcialmente inconstitucional y, por tanto, nulo en cuanto excluye del ámbito de aplicación del título I de la misma a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936.

2.º Declarar que el artículo 4 de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, es parcialmente inconstitucional y, por tanto, nulo en cuanto incluye en el ámbito de aplicación del título II de la misma a los militares profesionales mencionados en el número anterior.»

3. Sentencias aditivas. Se trata de aquellas de carácter interpretativo que implican una función positiva o integradora del Tribunal.

En este tipo de Sentencias, la omisión legal se salva por vía interpretativa de modo que se considera constitucional el precepto siempre que sea interpretado de modo que se integre el vacío provocado, función que realiza el Tribunal. El fin de esta técnica es la transformación de la ley bajo control, más que su eliminación o su interpretación conforme. El Tribunal, una vez declarada inconstitucional cierta norma positiva o negativa, llega a crear una nueva norma, por adición o por sustitución, de significado distinto a la declarada inválida. Estas Sentencias suponen el territorio límite de actuación del Tribunal Constitucional ya que implican una función positiva o integradora del Tribunal en contraste con la función negativa nomofiláctica del mismo.

La Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, ya citada en el apartado anterior, extendió el derecho a la pensión de viudedad a los varones, declarando en su Fundamento Jurídico 7 que la: «Falta de la necesaria fundamentación que la justifique, la desigualdad del régimen jurídico de los apartados 1 y 2 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social se presenta nítidamente como contraria a los dictados de la Constitución. Por ello, para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el apartado 2.º del artículo 160 y el inciso del apartado 1.º, donde dice, en femenino, “la viuda”, pues sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Todo ello,

naturalmente, ha de entenderse sin perjuicio de la potestad de los órganos de producción jurídica del Estado para articular un sistema diferente, siempre que en el mismo se respeten los principios y dictados de la Constitución y, en especial, el principio de igualdad».

En el mismo sentido, puede citarse la Sentencia 3/1993, de 14 de enero, dictada a raíz de la Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo núm. 5 de Málaga en relación con el artículo 162.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El Tribunal, en este caso, declaró inconstitucional el inciso del artículo citado porque solamente incluía el derecho a la pensión originado por la muerte del causante a las hijas o hermanas que hubieran convivido con él y a su cargo, sin otros ingresos, excluyendo en igualdad de situación a los hijos o hermanos.

#### 4. Sentencias de declaración de mera inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad.

En este tipo de sentencias, el Tribunal Constitucional, tras constatar el efecto inconstitucional de una omisión legal, declara la mera inconstitucionalidad sin sancionarla con la nulidad.

Quizás el primer ejemplo de resolución de este tipo lo constituye la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, a resultas de una cuestión de inconstitucionalidad acordada por el Pleno del propio Tribunal en relación con la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de reforma parcial del impuesto sobre las personas físicas. En ella, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 4.2 de la citada Ley, «en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada» y la «inconstitucionalidad del art. 24, apartado b), de la misma Ley, en la redacción anterior a la Ley 37/1988, en cuanto que no incluye entre los períodos impositivos inferiores a un año, el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo».

El Tribunal Constitucional declara, pues, la inconstitucionalidad sin declaración de nulidad, argumentando su declaración en el Fundamento Jurídico 11, que, por su trascendencia en la materia de la que se está tratando, se transcribe parcialmente a continuación:

«En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser

declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 38.1 LOTC) y que, en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º), impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquéllos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el presente caso, con los arts. 4.2 y 24.1 b)».

A partir de esta Sentencia, esta técnica será frecuentemente utilizada por el Tribunal Constitucional, ya que, ante la inactividad, lo normal será que la anulación no tenga sentido o finalidad. En definitiva, de nada sirve anular algo que no existe, como es la ausencia de una previsión legal que es lo que resulta inconstitucional.

Así, en el mismo ámbito de la infracción de los derechos fundamentales, el Tribunal ha adoptado también esta técnica recientemente. Ejemplo de ello son las Sentencias 138/2005, de 26 de mayo, o 156/2005, de 9 de junio, que se han analizado en el apartado C de este trabajo. En ellas, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 136 del Código Civil, pero manifiesta que ello no lleva aparejada la nulidad de la regla general establecida en este precepto, porque dañaría sin razón a quienes ostentan una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad y, por lo tanto, se crearía un vacío normativo que no es deseable.

El Tribunal insta al legislador para que sea él mismo, «dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional, y en última instancia, de su específica legitimidad democrática, el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a

la tutela judicial efectiva» (STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6 y 156/2005, de 9 de junio, FJ 3).

Por último, cabe decir que este es el tipo de sentencias que ha utilizado el Tribunal Constitucional al resolver las inconstitucionalidades por omisión en los supuestos de distribución competencial (cuestión tratada en el apartado C, al que cabe remitirse). Únicamente se destacará aquí que una variedad de este tipo de sentencias la constituye la 208/1999, de 11 de noviembre, sobre la Ley 16/1989 de 17 de julio, de defensa de la competencia, donde la declaración de nulidad se difiere hasta que el legislador fije los criterios de conexión pertinentes, y puedan, las comunidades autónomas, ejercitar las competencias (aquí también cabe remitirse a lo expuesto anteriormente en el apartado C).

A esta clasificación de tipología de técnicas utilizadas, Gómez Puente<sup>34</sup> añade una más consistente en «la posibilidad de garantizar los preceptos constitucionales prohibiendo o anulando cualquier acto contrario que la omisión legislativa pudiera amparar». Es este el caso de las sentencias dictadas con ocasión de los recursos de amparo interpuestos contra sanciones a la televisión por cable, que ya hemos analizado en el apartado dedicado a los supuestos de declaración de la inconstitucionalidad por omisión, en concreto respecto a la infracción del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a CE) y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, establecido en el artículo 20.1.d CE. (Apartado C.a.2).

Barcelona, 13 de enero de 2006

---

34. GÓMEZ PUENTE, CARLOS. *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. P. 94

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

- AHUMADA RUIZ, M<sup>a</sup> ÁNGELES. «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8 (1991).
- DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. Recensión sobre los libros de Carlos Gómez Puente. *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*; Ignacio Villaverde Menéndez. *La inconstitucionalidad por omisión* y José Julio Fernández Rodríguez. *La inconstitucionalidad por omisión*. «El Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4 (1999).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998.
- GÓMEZ PUENTE, CARLOS. *La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- LLEVADOT ROIG, RAMON M<sup>a</sup>. «La impugnació de la inactivitat del legislador». En: *VI Seminari sobre Autonomia i Justícia a Catalunya*. Barcelona: Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, 2002.
- PULIDO QUECEDO, MANUEL. «El control de inconstitucionalidad *ex silentio legis* (por omisión) y el artículo 55.2 de la LOTC». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16/2003. Parte Tribuna.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y DARANAS PELÁEZ, MARIANO, eds. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997.
- RUIZ MIGUEL, CARLOS. «Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 51 (2001).
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- VVAA. Coordinador Miguel Carbonell. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: UNAM, 2003.

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL CITADAS

- STC 5/1981, de 13 de febrero. Recurso de inconstitucionalidad promovido por 64 Senadores, sobre la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE).
- STC 24/1982, de 13 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad promovido por 69 Diputados, contra el punto 4 del artículo 9 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra.
- STC 42/1982, de 5 de julio. Recurso de amparo. Asistencia de letrado. Derecho a la defensa y tutela judicial.
- STC 103/1983, de 22 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Magistratura de Trabajo número 1 de Madrid respecto al artículo 160.2 de Ley General de la Seguridad Social.
- STC 53/1985, de 11 de abril. Recurso previo de inconstitucionalidad, interpuesto por 54 Diputados de las Cortes Generales, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.
- STC 74/1987, de 25 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Vasco contra la Ley 14/1983, de 12 de diciembre, que desarrolla el art. 17.3 de la Constitución, en lo que se refiere a la asistencia letrada al detenido, y reforma los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- STC 116/1987, de 7 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, en relación con los arts. 1, 2, 4 y 5 de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las fuerzas armadas, fuerzas de orden público y cuerpo de carabineros de la República.
- STC 3/1993, de 14 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo n.º 5 de Málaga por supuesta inconstitucionalidad del art. 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.
- STC 31/1994, de 31 de enero. Recursos de amparo acumulados. Emisiones de televisión por cable.
- STC 47/1994, de 16 de febrero. Recurso de amparo. Emisiones de televisión por cable.



- STC 98/1994, de 11 de abril. Recurso de amparo. Emisiones de televisión por cable.
- STC 240/1994, de 20 de julio. Recurso de amparo. Emisiones de televisión por cable.
- STC 96/1996, de 30 de mayo. Recursos de inconstitucionalidad y Conflicto positivo de competencia promovidos por el Gobierno Vasco y por la Generalidad de Cataluña, en relación con determinados preceptos de la Ley 26/1988, de 29 julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- STC 134/1996, de 22 de julio. Recurso de inconstitucionalidad promovido por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el artículo 62 de la Ley 21/1993, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado que da una nueva redacción a las letras b) y c) del apartado 1 del art. 9 de la Ley 18/1991, de 6 junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- STC 40/1998, de 19 de febrero. Recursos de inconstitucionalidad acumulados promovidos por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Xunta de Galicia, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno de Canarias, contra la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
- STC 208/1999, de 11 de noviembre. Recursos de inconstitucionalidad acumulados, promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- STC 235/1999, de 16 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.
- STC 164/2001, de 11 de julio. Recursos de inconstitucionalidad acumulados, interpuestos respectivamente por el Parlamento de Navarra; ochenta y cuatro Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto; y el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. Los tres recursos acumulados se dirigen contra la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

- STC 184/2003, de 13 de noviembre. Recurso de amparo. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías. Artículo 55.2 LOTC (*Oportunidad de planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad*).
- STC 138/2005, de 26 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17, de Madrid, sobre supuesta inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.
- STC 156/2005, de 9 junio. Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gandía, respecto del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.

#### SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR CITADAS

- Sentencia de 28 de abril de 2000. Código de Familia emitido por Decreto Legislativo n.º 677, de 11-X-1993.
- Sentencia de 19 de julio de 2001. Ley de Servicio Civil (*Se declara inadmisibile la demanda de inconstitucionalidad*).
- Sentencia de 26 de febrero de 2002. Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.
- Sentencia de 12 de julio de 2005. Código de Procedimientos Civiles (*Se declara improcedente la pretensión que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1157*).

# GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO

*Presidente de la Sala de lo Constitucional de la  
Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua*

Sin duda alguna es un honor para mí participar con ustedes en la primera jornada de Derecho Constitucional y agradezco particularmente al magistrado Luis Fernando Solano la gentil invitación que en nombre del CEFCCA nos ha hecho llegar.

El tema que me he propuesto desarrollar se refiere a los problemas que plantea la globalización y que inciden en la seguridad jurídica.

## CRISIS DE LA DEMOCRACIA - CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los franceses han solido sostener que para el enfoque de cualquier estudio o análisis que se realice hay que tener primero en cuenta el factor político, de ahí el ya casi refrán popular: *de la politique d'abord*. El mundo dejó de ser inalcanzable y hoy los niveles a que ha llegado la revolución tecnológica digital nos permite saber lo que está pasando en cualquier parte del mundo, a cualquier hora. Las distancias y los tiempos no existen, de tal suerte que el día de hoy vemos a través del Internet el documento revelado por *The Wall Street Journal*, donde se afirma que es «vital para la seguridad» obtener datos de inteligencia y que el Presidente de los Estados Unidos, Señor George Bush, no está obligado a cumplir con los tratados

internacionales que prohíben la tortura a los prisioneros de guerra. Para los asesores del Presidente Bush no hay límites legales de ninguna especie.

Queda en evidencia que el Señor Bin Laden le sirvió en bandeja de plata a los enemigos de la democracia la posibilidad de terminar con ella. Después de Septiembre del 2001 lo único que se ha hecho ha sido profundizar y agudizar la crisis de la democracia a nivel mundial. El concepto de guerra preventiva introducido por los Estados Unidos de Norte América, pasando por encima de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y por encima del criterio de los mismos aliados, así como «la riposta y persecución de los talibanes en Afganistán y la declaración de guerra unilateral contra Irak», no sólo pusieron en jaque la paz mundial sino que terminaron con el papel de las Naciones Unidas.

El país paradigma de la democracia, so pretexto de democracia y de seguridad nacional, violenta tanto las normas de carácter interno como las de carácter internacional, las Convenciones de Ginebra relativas a los derechos humanos, al trato a los prisioneros de guerra, contra la violencia y la tortura y las Convenciones relativas a los derechos humanitarios, así como las propias resoluciones del Consejo de Seguridad emitidas recientemente, particularmente las 1373, 1377, 1456 y 1535, ésta última del 26 de marzo del 2004 donde *se le recuerda a los Estados que deben velar porque toda medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ajuste a todas las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Internacional y que deben adoptar tales medidas de conformidad con el Derecho Internacional en particular, la legislación internacional relativa a los derechos humanos, los refugiados y el derecho humanitario*. Asimismo, la resolución 1526 del 30 de enero del 2004 «reafirma la necesidad de combatir por todos los medios de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y el Derecho Internacional, las amenazas que los actos terroristas constituyen para la paz y la seguridad internacional. Se trata pues, como diría el Rey Juan Carlos cuando fue entrevistado por los acontecimientos terroristas de Atocha: hay que responder al terrorismo con el Estado de Derecho y únicamente con más Estado de Derecho, la Constitución y las leyes. No se trata pues de defender a los terroristas, sean de izquierda o de derecha, sino que se trata de salvar a la cultura y a la civilización de los peligros que acechan contra la democracia y la paz y evitar que aquellos que están al frente de los Estados no cometan el error de caer en la tentación de responder a la barbarie y al crimen con métodos similares que ponen en entredicho y en jaque la paz universal y la democracia.

So pretexto de seguridad nacional y de proteger los intereses de los Estados Unidos de Norte América y dizque en defensa de la democracia, se ha

invadido, ocupado, agredido a Nicaragua, a muchos países latinoamericanos y del mundo. La abolición del reino de la ley no lleva necesariamente al reino de la ley del amor como decía Galeot: «*Supprimez toute organisation sociale, ce n'est pas la "loi d'amour" qui s'établit, c'est la loi de la violence, violences des forces naturelles extra-humaines ou violence des humains entre eux, qui ne reconrent plus les freins matériels et moraux traditionnels édifiés par la civilisation*» (Nouvelle Librairie Nationale, Paris 1920, p. 137).

Como muy bien señalaba Pascal, la abolición de la autoridad política conduce a un resultado antisocial «*qui veut faire l'ange fait la bête*», quien quiere hacer el ángel hace la bestia.

La crisis del Derecho Internacional y de la Sociedad Internacional no ha sido necesariamente el producto de la guerra de Afganistán o de Irak, sino que ha sido la voluntad manifiesta del imperio cuando se niega a cumplir con sus obligaciones internacionales, suscribe tratados y no los ratifica; ejemplo: los Convenios de la OIT son 186 los suscritos y 7 los ratificados, la Convención de Kyoto sobre los cambios climáticos y recalentamiento de la tierra, que el imperio se niega a cumplir, y campantemente no limita la emisión de gases, no pone en peligro sólo a la sociedad norteamericana sino al mundo entero. El presidente Clinton, quien se negó a cumplir con la Convención de Kyoto, y su sucesor Bush, quien ratificó esta posición, pareciera que tuvieran un planeta de recambio en la manga de la camisa. Estos no son más que algunos ejemplos de la necesidad de la seguridad jurídica a nivel internacional, si partimos sobre todo del hecho de que la seguridad jurídica es una condición de la justicia y que, como tal, la justicia interesa al bien común político en el consorcio de las naciones. La seguridad jurídica como principio, como valor, constituye un derecho fundamental del género humano y es así que aparece por primera vez mencionada desde la antigua Grecia por Aristóteles en sus obras *La Política*, y *Ética a Nicómaco*. Si el hombre es por su naturaleza un animal político, en consecuencia el hombre se encuentra naturalmente inclinado al fin de la sociedad política, que es el bien común político.

En virtud de lo anteriormente expuesto, podemos concluir en esta primera reflexión que la seguridad jurídica internacional como bien, como derecho fundamental, se encuentra en crisis, producto de la conjunción que se da entre la Geopolítica y la Geoeconomía, donde el bien petróleo se convierte en el *leitmotiv* de la política imperial, importando poco la Justicia y el Derecho tantas veces proclamado por la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica del 4 de Julio de 1776, de que los hombres poseen derechos innatos y deben buscar la felicidad y la seguridad;

la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 2, donde se proclama que el fin de toda asociación política es la conservación de derechos naturales e imprescriptibles del hombre, indica que estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; La Declaración americana de los derechos y los deberes del Hombre, de mayo de 1848, en su artículo 1; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, en su artículo 3; la Convención de Salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950, en su artículo 5; el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de la Organización de Naciones Unidas, Diciembre 1966, en su artículo 9; la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, establece en su artículo 7: «*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal*». De una u otra manera todos estos convenios proclaman que las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad personal. Este conjunto de instrumentos jurídicos internacionales han quedado convertidos en papel mojado, so pretexto de existencia de armas de destrucción masiva en Irak.

La globalización del mercado y los intereses que ésta promueve y defiende, han llevado al mundo casi a la globalización de la guerra. El Estado se constituye en el brazo armado del mercado y, en otros casos, el Estado se convierte en el gran facilitador del capital transnacional para que éste pueda más fácilmente explotar la miseria de nuestros pueblos.

La pregunta es: *¿Cómo responder ante esta agresión, frente a este reto?* Sin duda alguna hay que redefinir el papel del Estado, hay que replantearse en primer lugar la crisis de las Naciones Unidas y buscar su fortalecimiento, puesto que la democracia como organización social a nivel mundial es la que está en jaque. En consecuencia, a través de la comunidad internacional, tratar de desembocar en la realización de un nuevo contrato social.

## LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNO

Para poder enfrentar los retos contra la democracia, debemos estar claros que mientras no se fortalezca internamente la democracia, la seguridad jurídica, la legalidad, la constitucionalidad, no vamos a lograr el equilibrio deseado a nivel internacional, puesto que la política exterior es siempre un reflejo de la política interna. Asimismo, debemos ser conscientes que, frente al fracaso de los «ismos», la democracia se constituye como la forma por

excelencia de organización del Estado y la sociedad. La visión multilateral, bipolar del mundo cede su lugar a la visión unipolar. Una vez que cae el muro de Berlín y que el sistema socialista se desmorona, desaparece pues en apariencia la contradicción externa con el sistema comunista. Se supone que ya no hay mas contradicciones entre el este y el oeste, se termina la guerra fría, la contradicción si se le puede llamar así, es entre el norte y el sur, entre ricos y pobres, y el único modelo que queda para ofrecerle a la humanidad dentro de los sistemas políticos, es la democracia. Sin embargo, como muy bien señala el maestro Alejandro Serrano Caldera en su obra *Razón, Derecho y Poder*, dentro de esa democracia existen contradicciones internas, contradicciones entre la política y la economía, el Estado y el mercado, y entre la participación ciudadana que reclama para sí las funciones públicas y sociales ejercidas hoy a través del sistema de representación política.

La concentración del poder económico, militar, político, tecnológico en algunos Estados, son expresiones del capital transnacional o multinacional, y «*el surgimiento del neoliberalismo, la globalización y la idolatría del mercado*» ponen en jaque a la democracia moderna.

El derecho, la juridicidad, la razón y la ética van a la zaga. La idea del poder del mercado se encuentra entronizada en el Estado. Estado y mercado no son factores diferentes y excluyentes sino que son factores de una misma realidad, concluyendo que la geopolítica y la geoeconomía forman una unidad complementaria.

En conclusión la fusión Estado-mercado es la causa de la crisis de valores de la democracia y es por ello que hay que buscar una nueva racionalidad.

La democracia moderna nace sustentada en la idea de la representación. En la sociedad actual no es posible reunir a todos los ciudadanos en una asamblea pública y tomar una decisión de donde surge la tesis de la representación y donde los representantes del pueblo ejercen, en nombre de éste, la soberanía popular. La soberanía es la fuente del poder y reside en los representados. «*Este es el principio de la legitimación y la democracia, primero el acto y luego el proceso mediante el cual el poder se legitima [...] hay pues un encadenamiento necesario entre el poder, la ley que le da su validex formal y la voluntad colectiva que le da legitimidad [...] la exigencia de la democracia es que la ley tenga al mismo tiempo legalidad y legitimidad, pues sólo en esta forma el ejercicio del poder estaría justificado democráticamente*». (Serrano, Op.cit)

En virtud de lo anterior, es fortaleciendo las instituciones internamente que vamos a responder más fácilmente a los retos de la globalización. Es en este tema donde nosotros podemos, con mayor agudeza, señalar la crisis de

la democracia occidental; los representantes del pueblo en la mayoría de los casos no son los representantes de ese pueblo sino de los bloques económicos dominantes en ese país, en ese momento histórico dado. Obviamente, en el caso nicaragüense, esa representación de los intereses económicos aparece más difusa, puesto que ni liberales ni sandinistas obedecen a grupos económicos que determinen el poder político de este país en una relación de causa-efecto, pareciera que nuestros partidos políticos son ajenos al gran capital nacional, si es que lo hay. Debo señalar que, en el caso nicaragüense, la Asamblea Nacional aparece totalmente alejada del proyecto de gobierno por el cual el pueblo supuestamente votó y es esto lo que provoca una crisis de representación y una fractura en el pacto social, en nuestra Constitución política.

El sistema de elección, en plancha, de nuestros diputados, favorece a esta crisis de legitimidad; el diputado no responde frente a sus electores, el diputado responde a su partido. Tristemente hay países donde el diputado es diputado del partido y no del pueblo, lo que pone en evidencia la crisis de la representación.

En consecuencia, la solución para el problema local sería que los diputados fueran electos uninominalmente y por circunscripción o distrito y que los representantes del pueblo respondan frente a sus electores. La crítica sería, sin duda alguna, a esta nueva forma de elección de los representantes del pueblo, que pone en jaque el monopolio que los partidos detentan en la actualidad sobre las candidaturas de los diputados, lo que se traduciría en una disminución del poder real del caudillo dentro del partido.

## LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

El fortalecimiento de las Asambleas nacionales es más que fundamental puesto que en la realidad se ha venido produciendo una avalancha de compromisos que adquieren los jefes de Estado, invadiendo la esfera de poder que tienen las Asambleas dejándolas a veces contra la pared, teniendo que avalar los compromisos adquiridos por los jefes de Estado. Ya es común en el lenguaje de los medios el término *condicionalidad*; ejemplo: tienen que sacar la Ley sobre la niñez y la adolescencia porque es *condicionalidad* de un Convenio internacional contraído en el seno de Naciones Unidas; hay que modernizar el Registro público y ordenar la propiedad porque la Cumbre de las Américas lo establece como *condicionalidad*; hay que legislar sobre materia ambiental porque la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro, así



lo establece; hay que legislar y adoptar normas de carácter laboral y de seguridad social y hay que legislar también porque las Cumbres regionales y subregionales crean compromisos de toda índole. A eso agreguémosle los compromisos financieros internacionales, FMI, Banco Mundial, BID, BCIE, AIF, etc. Las Asambleas nacionales se han venido debilitando por una u otra causa, ya sea porque los jefes de Estado contraen compromisos a nivel internacional o celebran acuerdos que tienen una incidencia directa con el ordenamiento jurídico interno y con el quehacer de la Asamblea Nacional, donde muchas veces se suscriben acuerdos que rozan incluso con la Constitución política.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

Por otro lado, las multinacionales o transnacionales, a través del Estado, se han entronizado convirtiéndolo en un instrumento de ejecución de las políticas económicas, financieras y comerciales que ellas han definido, violentando de esta manera la soberanía nacional. La globalización con su estrategia mundial, desde este ángulo, plantea problemas enormes a los países en desarrollo o subdesarrollados porque la globalización responde a los intereses de los países desarrollados y, dado el desarrollo desigual, las estructuras económicas de los países en desarrollo no pueden competir y en consecuencia las modificaciones que la globalización trae, producen cambios en los derechos internos. La revolución tecnológica a su vez, también produce nuevos retos en la sociedad mundial; la razón y el derecho van a la zaga y el principio de la legalidad, en consecuencia, es vulnerado. Surgen nuevas formas delictivas que la vigencia del principio de la legalidad inhibe a los jueces y tribunales para conocer y aplicar la ley en estos casos de ilícitos, puesto que no han sido contemplados en el ordenamiento jurídico.

La justicia y la seguridad jurídica no son realidades antinómicas. ¿Cómo podría enjuiciarse a alguien por un ilícito que no está contemplado en la ley? La analogía no sería la respuesta idónea, el principio del *Nullum crimen, nulla pena sine lege*, estaría totalmente violentado y no le haríamos justicia al ciudadano ni a la sociedad misma. La seguridad jurídica y la justicia son dos elementos, dos caras del bien común. (Le Fur, en su obra «Le but du droit: bien común, justice, sécurité», en Anuario del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho, Ed. Sirey, Paris, 1938) sostiene que «El fin del derecho es el de crear por la justicia, por el orden y por la seguridad, las condiciones que permitan al grupo social la realización del bien común».

En nuestro sistema de Derecho, la garantía dada a los ciudadanos de que su persona, bienes y derechos están garantizadas por el Estado frente a cualquier ataque que pudiesen recibir, aparece tanto en nuestro Código Civil bajo el principio general de que todo daño material, físico o moral causado a otro será objeto de reparación; es decir, que se traduce en daños y perjuicios causados a la víctima, sea que este daño venga de los individuos o del Estado. Con respecto a los particulares está ordenado en el Código Civil y con respecto al Estado está ordenado en nuestra Constitución política en el artículo 131 Cn. La razón de ser del Estado y la Sociedad, ya sea visto por Locke, Rousseau o Kant, radica en que el hombre abandona parte de sus libertades para que el Estado le garantice otras. El principio de la seguridad jurídica protege al individuo y al ciudadano contra lo arbitrario, lo imprevisto y lo impreciso. La seguridad consiste en que la situación estable no sea modificada ni arbitrariamente, ni por la incontingencia, ni por lo imprevisto y, que si es modificada en algún momento, será protegida y reparada por la sociedad misma; solamente puede ser modificada la situación y las reglas del juego por los procedimientos regulares establecidos por la ley. Es decir que el principio de la legalidad, en este caso, viene a garantizar la seguridad. En Nicaragua, el principio de legalidad tiene rango constitucional, así como la seguridad misma. La norma sustantiva proclamada en el artículo 187 Cn, establece el recurso por inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano, y el artículo 188 Cn, establece el recurso de amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y, en general, en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución política. Asimismo el artículo 189 Cn establece el recurso de exhibición personal, y el artículo 190 Cn establece que la Ley de amparo regulará los recursos establecidos en ese capítulo; de esta manera nuestro legislador establece en la Constitución el derecho y además la norma procesal encargada de regular el recurso; es decir que establece el mecanismo que garantiza el cumplimiento y el objeto de la norma sustantiva constitucional. Asimismo eleva a rango constitucional la Ley de amparo en su artículo 184 Cn. El control de la constitucionalidad que originalmente aparece en doctrina para tutelar derechos individuales de los gobernados, con el tiempo ha venido evolucionando para no sólo tutelar derechos individuales sino también derechos económicos, sociales, políticos y administrativos, que aparecen de manera inequívoca en la Declaración de derechos y garantías del ciudadano hasta llegar al control del acto normativo parlamentario. Estos derechos

son conocidos en doctrina como prerrogativas, derechos públicos, derechos individuales, o como le dicen los franceses, *les libertés publiques*. A cualquier persona o ciudadano, se le garantiza la protección frente a cualquier acto de poder ilegítimo que violente los derechos y garantías constitucionales, aún para el acto normativo parlamentario; recurso que en algunos países está destinado únicamente a algunos funcionarios de alto nivel: procurador, fiscal, diputado, magistrado y otros.

López Guerra, refiriéndose a España, señala que el Tribunal Constitucional español define la seguridad jurídica como suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, y retroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad [...] la seguridad jurídica es la suma de esos principios, equilibrada de tal suerte que permite promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad.

Asimismo López Guerra nos señala que, según el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 46/1990, «la exigencia relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas [...] Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es derecho y no [...] provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto de la previsibilidad de cual sea el derecho aplicable, cuáles la consecuencia derivada de las normas vigentes, incluso cuales sean éstas».

La seguridad jurídica en materia legislativa también depende exclusivamente de que el parlamento o la Asamblea nacional, por más que represente al titular de la soberanía, no es un órgano soberano que asuma un poder incondicionado e ilimitado sino que desempeñará las competencias que le asigna la norma constitucional. Si bien es cierto que el poder legislativo es un poder soberano e independiente y está hecho para elaborar la norma jurídica, también es cierto que, como tal, está sometido a la Constitución y no puede elaborar normas que transgredan la Constitución, únicamente el constituyente puede visualizar una reforma total de la Constitución y el constituyente derivado podrá visualizar la reforma parcial pero dentro del marco que le establece la Constitución; es decir que si la Asamblea nacional violenta ese marco constitucional, cualquier ciudadano puede ejercer el recurso por inconstitucionalidad de la Ley, en base a los artículos ya mencionados y al artículo 182 Cn, que establece la supremacía constitucional y que a la letra dice: «La Constitución política es

la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, ordenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones. «Asimismo el artículo 183 Cn, de manera meridiana establece el principio de la legalidad al expresar: «Ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución política y las leyes de la República». Complementando este artículo, el artículo 130 Cn, que en su parte conducente establece: «[...] Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes». Cerrando este esquema de seguridad y legalidad, el artículo 160 Cn, que prescribe: «La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; tutela y protege los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia.» Asimismo, por lo que hace al Derecho internacional, nuestra Constitución se adhiere a los principios que conforman el Derecho internacional americano, reconocido y ratificado soberanamente (art. 5 Cn inc. 6) y privilegia la integración regional en la búsqueda de la gran patria centroamericana; asimismo, en el artículo 46 Cn, incorpora todos los tratados a los que hemos hecho mención al referirnos al Derecho internacional y, textualmente, señala: «En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.»

Sin embargo, dicho esto, debemos de señalar que en Nicaragua hay una especie de hemorragia legislativa con el agravante de que se utiliza la técnica de decir que la ley entra en vigencia a partir de su publicación y que todo aquello que no se le oponga, seguirá en vigencia. De tal suerte que yo estimo que en nuestro país el principio que nadie puede invocar la ignorancia de la ley a su favor, es totalmente ficticio. No sólo estoy totalmente convencido que debería de haber una universidad de reciclaje para poder actualizar a todos los profesionales del derecho, no únicamente a los jueces y tribunales, sino a todos los profesionales del derecho. Hay explicaciones suficientes para la prolijidad legislativa y una de las razones es que el Estado asume casi un número infinito de intereses, lo que provoca la inestabilidad en la

unidad del sistema normativo, no sólo por lo que legisla la Asamblea sino porque se han multiplicado a través del Estado los órganos generadores de normas, de reglamentos, acuerdos de carácter general. Las políticas de ajuste estructural que conllevan los procesos de privatización y la reducción del aparato del Estado, son causa directa de ese enorme cúmulo de reglamentos, ordenanzas, acuerdos o decretos del Ejecutivo que muchas veces entran en colisión con normas elaboradas por la Asamblea nacional y alteran sin duda la unidad del sistema. Finalmente, la derogación de una norma, en base al principio de que *lex posteriori* deroga a *priori*, sin señalar expresamente qué normas son derogadas, en muchos casos nos lleva a una imposibilidad no sólo del conocimiento de la norma vigente sino de la interpretación y aplicación de la norma.

## PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA, LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN

Producto de los compromisos internacionales que adquiere el Ejecutivo, la administración choca con el ordenamiento jurídico, ya sea constitucional o con leyes secundarias. Los organismos, muchas veces, en lugar de plantearse la reforma jurídica pretenden de hecho introducir reformas sustanciales; por ejemplo, se privatizó la banca y la mayoría de las empresas públicas nacionales sin tener la reforma constitucional y, en consecuencia, sin un marco jurídico apropiado, creando un conflicto que perfectamente se hubiera podido evitar. Se quiere privatizar servicios, que el Estado está obligadamente a darlos, véase educación, so pretexto de autonomía escolar; se privatiza la educación primaria y secundaria que es una obligación estatal. La atención en salud se entrega a clínicas y centros que, evidentemente, no atienden a la generalidad de la población sino a determinado grupo de trabajadores, asalariados, que se encuentran dentro del Seguro Social y que, por convenio entre el seguro y estas clínicas, son atendidos. En materia del régimen de pensiones y de la seguridad social, se han creado conflictos innecesarios y prácticamente se está entregando a la banca privada que son los propietarios de los administradores de los fondos de pensiones, violentando de esta manera la Constitución.

Es cierto que el pueblo votó por un determinado programa y eligió a un presidente de la República, que los objetivos definidos por el Gobierno dentro de un plan de desarrollo obligan a éste a dictar directrices para su implementación; sin embargo, también es cierto que esas directrices tienen

que estar dentro del ordenamiento jurídico y que como tal no pueden, dichas directrices, infringir la seguridad jurídica. La objeción que se plantea de inmediato es que esto produce la petrificación del derecho y se argumenta que si quieren mantener políticas y directrices contrarias al cambio propuesto, cuando en realidad esos fines y objetivos del gobierno pudieron haberse alcanzado sin entrar en colisión con el ordenamiento jurídico, bastaría reformarlo. Constantemente se viola la Ley de contrataciones públicas del Estado; el pasado 9 del presente mes aparece el presidente de la República en El Nuevo Diario, en primera plana, diciendo: «Yo ordené compra directa». *L'état c'est moi*. De manera innecesaria, sin justificación alguna, se quiere a veces invocar la razón de estado para justificar el abuso de poder, el acto ilegítimo de la administración. Nuestra Constitución trata de controlar el abuso de poder, a través de la Ley 350, de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, recurso que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo, en base al artículo 164 inc. 10 Cn que a la letra dice: «Conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los órganos de la administración pública y entre éstos y los particulares». Asimismo, el inciso 11 establece: «conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios o entre éstos y los organismos del gobierno central». La jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce con potestad exclusiva de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones y simples vías de hecho, así como en contra de los actos que tengan que ver con la competencia, actuaciones y procedimientos de la administración pública que no estén sujetos a otra jurisdicción. Como decía Gabino Fraga en su obra Derecho Administrativo, pág. 435, Se trata «que los administrados tienen el poder de exigir a la administración que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y que, en consecuencia, los actos que realice se verifique por los órganos competentes, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que estas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen... es decir, el derecho a la legalidad se descompone en una serie de derechos como son: el principio a la competencia, el derecho a la forma, el derecho al motivo, el derecho al objeto y el derecho al fin prescrito por la ley.» Cabe aquí mencionar, por ejemplo, que si por convenios suscritos con algunas empresas transnacionales se deban abrir zonas francas eso no quiere decir que se deba por ello violentar el ordenamiento jurídico nicaragüense en materia laboral; en consecuencia, debe de cumplirse con el ordenamiento jurídico interno, respetar la estabilidad en el empleo que establece el artículo 88 Cn inc.6, la libre sindicalización de los trabajadores que establece el artículo

87 Cn, la indemnización para los trabajadores de estas empresas cuando los inversionistas decidan retirar su capital, ya sea por la modificación de la situación jurídica del empleador, venta, fusión o absorción; garantizar la protección de los trabajadores a través de una asesoría legal gratuita, establecer los derechos mínimos de los obreros y campesinos, garantizar la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas así como las pensiones para los jubilados y discapacitados de manera permanente o temporal, etc. En síntesis, que la globalización del mercado no se haga en detrimento de los más pobres, hay que favorecer el acceso a la justicia por parte de los desfavorecidos, marginados. Debe tomarse muy en cuenta los intereses de nuestros países y sobre todo hacer énfasis en el respeto a la ecología, a la biodiversidad; que so pretexto de que son inversionistas y de que vienen a generar empleo, no pasen por encima de las normas que tienen que ver con el cuidado, conservación y restauración del medio ecológico donde funcionen las empresas; que se respete el principio de igualdad, de equidad y de reciprocidad que deben de regir a las inversiones, que se le ponga fin al malinchismo, donde se favorece al extranjero en detrimento del nacional. A la inversión extranjera se le exonera fiscalmente y se le permite la repatriación de capital, estableciendo incluso discriminación respecto del capital local.

## LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA APLICACIÓN DE LA LEY

Los inversionistas extranjeros suelen decir que no van a tal o cual país porque no les ofrecen seguridad jurídica, que son países de alto riesgo porque no hay seguridad ciudadana o seguridad en cuanto a la libertad de circulación o porque la tasa de delincuencia es sumamente alta. La verdad es que no van a algunos países porque sencillamente sus costos de producción son mas altos que en otros y el capital, además de la certeza jurídica de que va a poder repatriarlo, busca también mayor plusvalía. El derecho es determinante en el trafico jurídico de bienes y por consiguiente la justicia es determinante en ese tipo de relaciones comerciales o financieras. El derecho no sólo media cuando en el trafico económico o en las relaciones hay conflicto sino que también puede ser un incentivo o desmotivar, desincentivar la inversión. El derecho no es sólo, pues, un instrumento regulador sino que también puede ser un instrumento de cambio; los indicadores económicos y sociales muchas veces no reflejan necesariamente que hay inseguridad jurídica. Por ejemplo, en Nicaragua los niveles de secuestro son mínimos en relación

con el resto de Centroamérica. En Nicaragua nunca se ha asesinado a ningún secuestrado; no aparece en ningún medio, ni ahora ni antes, que un empresario haya sido objeto de secuestro y luego asesinado porque no se cumplió en la suma pedida, sin embargo no podemos negar que tenemos problemas serios en materia de propiedad y que se necesita de una Ley de saneamiento de la propiedad; de una nueva Ley registral donde se incorpore la modernidad y se le de el valor a la hoja cibernética. Se hace indispensable también una Ley de notariado acorde con nuestros tiempos que permita la coordinación del Registro de la Propiedad inmueble y Mercantil con el Control de Notarios, a efectos de poder saber con exactitud si el cartulario se encuentra debidamente autorizado por la Corte Suprema de Justicia, si no está suspendido en el ejercicio y si se encuentra en vida, porque muchos son los casos en que los muertos cartulan, o son demandados ante los tribunales. Se necesita que nuestras instituciones de Registro y Notariado den garantía y certeza jurídica del tráfico jurídico inmobiliario y mercantil. Deben ser garantía para los administrados: los usuarios normalmente oponen ante cualquiera las certificaciones registrales, los asientos tienen carácter declarativo contra terceros, pero llevan inherente el carácter constitutivo del Derecho, ya que uno de los principios rectores de nuestro Registro es «Primero en tiempo, primero en derecho»; de ahí que la venta de cosa ajena sea válida dentro de nuestro ordenamiento jurídico. (art. 2575 C) La presunción es que el dueño del bien es aquel que lo tiene inscrito. El tercer registral en nuestro país tiene que tener como requisitos, además de la buena fe, haber comprado a título oneroso, de título debidamente inscrito y vuelto a reinscribir por el tercero adquirente.

## EL JUEZ Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

El Poder Judicial, sin duda alguna, tiene una responsabilidad muy grande cuando el juez, en tanto que boca de la ley, decide sobre el tuyo y el mío. La potestad de administrar justicia, de ejercer el *Jus Puniendi* estatal de manera exclusiva por el Poder Judicial plantea la necesidad de una organización de la administración de la justicia que le dé satisfacción a los administrados, seguridad y certeza. De ahí que se ha planteado la necesidad de que los jueces sean nombrados en base a méritos, capacidad, responsabilidad, imparcialidad y especialidad. Que los administrados sientan que es una garantía que la persona que les imparte justicia es idónea tanto desde el punto de vista académico como del punto de vista moral. Que los



principios de independencia interna y externa son una realidad y que la independencia interna debe darse tanto frente a sus colegas como frente a sus superiores jerárquicos, es decir, que la independencia debe de ser horizontal y vertical. La independencia externa es tanto frente a los poderes formales del Estado como frente a los poderes fácticos: partidos políticos, asociaciones, sindicatos, ejército, iglesias y organismos internacionales que ejercen presión de una u otra manera para inclinar la balanza de la justicia. Que esa independencia sea, pues, una garantía del ciudadano y no un privilegio de los funcionarios de la Administración de Justicia.

## LA JURISPRUDENCIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

La búsqueda de la seguridad jurídica y de la certeza está vinculada a la discusión sobre si la jurisprudencia es o no fuente de derecho. Se trata, pues, de saber si, en su papel, el juez debe de ser un interpretador y aplicador de la norma de manera mecánica o si tiene alguna posibilidad en su actividad judicial de crear derecho; es decir, si su actividad va mas allá de la mera relación causal entre los hechos y la norma. Hay quienes sostienen que no debe de haber ningún papel innovador del juez frente al caso concreto y hay quienes sostienen que el juez crea derecho al introducir mandatos en el ordenamiento con la pretensión formal de que dicho mandato tenga carácter vinculante: es decir, que la discusión está en que si el juez crea derecho o declara derecho. Independientemente de que si el juez crea o declara derecho, lo cierto es que, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial y nuestro Código de Procedimiento Civil, el juez tiene la obligación de fallar y de fallar con claridad, estableciendo únicamente como parámetro para su fallo la Constitución política en primer lugar y las leyes secundarias en segundo lugar, tal como lo prescribe el artículo 182 Cn y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo deben resolver siempre sobre las pretensiones que les sean formuladas.

Todas las resoluciones deben de ser motivadas, salvo las que son de mero trámite. La actividad jurisdiccional es obligatoria y el juez o tribunal no puede excusarse en vacío o deficiencia de las normas; a falta de éstas debe resolver aplicando los principios y fuentes generales del Derecho, la jurisprudencia y lo establecido en la legislación procesal nacional. Deben observar, a lo largo del litigio, el debido proceso en toda actuación judicial.

Los jueces y magistrados son responsables de sus actuaciones desde el

punto de vista disciplinario, civil o penal. En ningún caso las diferencias de criterio interpretativo que no signifiquen violación a la Constitución y a la ley pueden dar lugar a sanción alguna.

Finalmente se establece la doble instancia y el acceso o gratuidad de la justicia. Para el ejercicio de una acción procesal únicamente se exigirá el cumplimiento de los presupuestos de capacidad para ser parte y tener capacidad procesal.

## PRINCIPIO DE GENERALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica establece como presupuesto, también, que exista cierta generalidad en la aplicación y en la interpretación de la norma; se pretende que haya una cierta universalidad en la aplicación de la norma, ya que el ciudadano tiene la expectativa de que para casos idénticos existan fallos idénticos o similares; es decir, no podrán fallarse casos similares de manera diversa. En conclusión, la generalidad y la universalidad en la aplicación judicial de la norma se va a obtener cuando los criterios expresados en sentencias anteriores sean retomados por el juez o tribunal, convirtiendo esas sentencias en verdaderas fuentes del Derecho. En Nicaragua existe, de conformidad con nuestra nueva Ley Orgánica, su artículo 3 *in fine*, el sistema de precedente y se establece: «Los jueces y magistrados deben de resolver de acuerdo a los fallos precedentes y sólo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de interpretación». La discusión sobre si el precedente es horizontal o vertical en Nicaragua se resuelve sobre la base de que el Tribunal Superior, véase Corte Suprema de Justicia, es quien unifica y armoniza la jurisprudencia.

La crítica que se hace a este sistema es que se corre el riesgo de eliminar la fuerza creativa del Tribunal y hay una tendencia a querer robotizar la aplicación del derecho. En este sentido, Aristóteles decía que *«corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo todo por sí, en cuanto sea posible, y dejar a los que juzgan lo menos posible.»*

Sin embargo, nuestro sistema es un sistema de derecho escrito, contrario al sistema de *Common Law* y en nuestro país se abre a la posibilidad de la creación judicial del derecho a pesar de la existencia del artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es así que, dentro del control constitucional, constantemente nos convertimos en legisladores negativos, y decimos esta ley no es aplicable a partir de la fecha de la sentencia, ya sea total o parcial

la inaplicabilidad de la ley y mantenemos los derechos adquiridos por esa ley que fue declarada inaplicable. Esta postura ha planteado problemas porque la Ley de Amparo al prescribir los efectos de la sentencia en su artículo 22 establece: «*En los casos de declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto ley o reglamento no podrá afectar o perjudicar derechos adquiridos por terceros en virtud de dichas leyes, decretos leyes, decretos o reglamentos*»; sin embargo el artículo 182 Cn establece la supremacía de la norma constitucional sobre cualquier otra ley y de manera meridiana proclama que no tendrá valor alguno la ley, tratado, orden o disposición que se le oponga; es decir que si esa ley fue declarada inaplicable parcial o totalmente, es porque contradice la Constitución y no tendría valor alguno, ergo no podría consolidar derecho alguno adquirido.

De lo dicho se desprende que el constituyente nicaragüense le dio primacía al principio de seguridad jurídica en este conflicto entre la Ley de Amparo y la norma constitucional puesto que consolidó los derechos adquiridos por los terceros y que como tales llenaban los requisitos de ser de buena fe, haber adquirido a título oneroso y de un título debidamente inscrito, el cual a su vez fue inscrito nuevamente. La Corte Suprema de Justicia hasta el momento ha mantenido esa posición.

El principio de irretroactividad de la ley contemplado en nuestra Constitución en el artículo 38 Cn, establece que sólo es aceptada la irretroactividad en beneficio del reo. Sin embargo, en el año 96, hubo una sentencia que, por razones políticas, conculcó los derechos políticos de algunos ministros del gobierno de la Señora Violeta Chamorro y se les aplicó retroactivamente la reforma constitucional.

Señala el maestro Serrano, que paradójicamente para esta sociedad globalizada existen las micro sociedades, en las que priman los fundamentalismos religiosos y raciales excluyentes; asimismo nos indica que frente a esas dos posiciones de la macro sociedad y de la micro sociedad, hay una masa heterogénea de estados naciones, cuyo común denominador es el subdesarrollo y que, desde el punto de vista de la retórica de sus declaraciones constitucionales, de más está decir que en la mayoría de los casos no cumplen, es decir sociedades que existen desde el punto de vista formal y real, pero que están situadas a diferentes distancias de la modernidad, de ahí que ese sea uno de los desafíos que enfrenta la democracia en la búsqueda de conciliar los diferentes planos de la realidad mundial.

En el capítulo cuarto sobre el contractualismo moderno, cabe destacar que el maestro rescata a Kant y lo saca del ostracismo en el que los cultores del derecho político lo han tenido, puesto que éstos normalmente se refieren

a Hobbes, a Locke y a Rousseau, y nos dice que «para Kant, antes de la voluntad general, existe un *a priori universal*, un imperativo categórico racional y moral que sólo puede ser expresado históricamente a través de ella en el Contrato social [...] El Contrato Social es el medio a través del cual este imperativo de la universalidad racional se expresa y adquiere la categoría de norma jurídica, es decir es la causa histórica que inicia el proceso de juridificación de la voluntad general». Cabe preguntarse, sin embargo, si después de los acontecimientos de septiembre del 2001, todavía existen las bases para hablar de un contrato social universal.

En cuanto al capítulo quinto, piensa el autor a justo título que el primer contrato social que funda la modernidad surge a partir de las revoluciones europeas de los siglos XVII, XVIII y XIX, encontrando su fundamento en el liberalismo filosófico y político y sus referentes fundamentales: la dignificación de la persona como sujeto y destinatario de la historia, la consagración de los derechos y garantías fundamentales en los textos constitucionales, la autolimitación del poder del Estado, la separación de poderes, la subordinación del poder a la ley, la universalidad de la ley y el principio de la igualdad jurídica, como respaldo normativo a la idea filosófica de la preeminencia del individuo frente al Estado; sin embargo, la revolución industrial y el mismo liberalismo rompe ese contrato social cuando sustituye la libertad individual por la libertad económica, por la empresa y el mercado. La teoría de la autonomía de la voluntad y de la contratación combinadas con la libertad del mercado a través de la ley de la oferta y la demanda, considerando a la fuerza de trabajo como una mercancía sometida al libre juego de la oferta y la demanda, provoca una situación de crisis social y de la democracia, puesto que sin democracia social no hay democracia política. Frente a los abusos del liberalismo, surge un sistema político de participación del Estado y de intervencionismo de Estado en los asuntos sociales, económicos y laborales; es por ello que se justifica la aparición del derecho del trabajo, del derecho social. Dentro del campo de la filosofía surgen las ideas de los utopistas Blanc, Sismondi, Owen, Proudhon, Fourier, y los socialistas Marx, Engels, Lasalle; asimismo del lado de la Iglesia Católica, León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*, califica al sistema como capitalismo salvaje, abriéndose paso a la creación de un segundo contrato social de la modernidad, fundado en la voluntad general, en la representación y la democracia.

Estimo yo, modestamente, que es con el surgimiento de la categoría imperialismo y con el conflicto que lleva a la humanidad hacia la primera guerra mundial que se va a abrir una nueva posibilidad para un nuevo contrato social a partir del Tratado de Versalles. Es precisamente con la

primera guerra mundial que se abren las posibilidades para que la situación de guerra imperialista se convierta en guerra civil revolucionaria y que los bolcheviques terminen con el poder del zar y se instale en Rusia la gran revolución socialista de octubre. Asimismo estimo conveniente señalar algunos hechos relevantes como la Segunda república en Francia, producto de la Revolución de 1848, el Manifiesto comunista, la primera Exposición universal y la creación de la Internacional socialista, la Guerra franco prusiana de 1870 y la Comuna de París y el advenimiento de la Tercera república francesa, la Guerra anticolonialista de los Boers, el desembarco de tropas de Guillermo II en Agadir en 1904, la Guerra ruso japonesa de 1905 y el asesinato de Jean Jaurés, la muerte del príncipe en Sarajevo, son hechos de tipo superestructural y estructurales porque se encuentran en el Estado. Ya entronizada la política del mercado, la lucha por los mercados y la materia prima constituyen una característica del imperialismo. El Tratado de Versalles comienza haciendo una invocación sobre la justicia social y la búsqueda de la paz y en su capítulo 13 incorpora la primera cláusula social donde la justicia social es el fin que se persigue, tratando de establecer normas sociales comunes a todos los pueblos.

La crisis mundial del año 29 incide en el surgimiento del fascismo y del nazismo en Italia y Alemania. El Estado había abandonado su papel abstencionista y tenía un rol intervencionista en las relaciones obrero patronales y sociales. El neoliberalismo se impone y el pensamiento de Keynes es adoptado como doctrina oficial del capitalismo hasta la Segunda guerra mundial, donde en el movimiento pendular de la humanidad vemos un estado inclinado a jugar un papel más beligerante; es la época de las grandes nacionalizaciones, el caso francés en particular, hasta la década de los 70 en que comienza a aplicarse las políticas de ajuste estructural en Europa. El neoliberalismo como doctrina basada en el absolutismo del mercado se entroniza, desembocando todo esto en lo que el maestro Serrano llama el capitalismo corporativo transnacional, la globalización, el mercado como divinidad ideológica, la revolución tecnológica y sus consecuencias, la transformación cualitativa de los aparatos y sistemas productivos, la revolución de los medios de comunicación entre otros.

Sin duda alguna, la sociedad se ha transformado estructuralmente y la filosofía política debe de responder a las interrogantes que presenta este tiempo, ya que las tesis del mercado total y el neoliberalismo, tal y como están configuradas y aplicadas, se traducen en una ruptura del contrato social. El mercado se vuelve un fin en sí y pretende sustituir al individuo, a la sociedad y al mercado.

En cuanto al capítulo octavo, *Crisis y alternativas de la Política*, nos dice el maestro Serrano Caldera que parte del desafío contemporáneo consiste en adoptar los desequilibrios y las rupturas entre la economía y la política. La economía ha dejado de ser política y la política ha perdido su influencia en la regulación de los fenómenos económicos. El mercado sin ningún tipo de regulación política es un mecanismo ciego y mecánico. Pretender que el mercado regule la vida social sin ninguna participación de la voluntad humana es una proposición dogmática que parte de considerar que un mecanismo abstracto que actúa al margen de los seres humanos es capaz de entender sus deseos y realizar sus aspiraciones. Esa es la nueva metafísica de nuestro tiempo.

Asimismo, el maestro Serrano nos confirma la idea de que no se puede aceptar la tesis del mercado total como un sustituto de los errores y abuso de la voluntad humana. La revolución tecnológica ha venido sustituyendo a la sociedad que creó la revolución industrial, y el aparato político y jurídico va cambiando pero a una velocidad menor que la sociedad; Estado y derecho van a la zaga. Expresa el maestro que pareciera que la política perdió la sociedad en que debe ejercer sus funciones, mientras la sociedad no encuentra todavía la política que debe corresponderle. En mi opinión, me inclino más bien a pensar que, como parte de esa realidad vivida desde la república de Platón hasta nuestros días y como muy bien decía Marx, no ha habido contrato social sino dominio de la clase hegemónica sobre las otras clases, y tanto el Estado como el derecho no son más que instrumentos de la clase dominante en el poder. El consenso donde se cede parte de los derechos y libertades para salvaguardar otros, no es más que el reflejo de un estado de necesidad donde el débil pretende, sobre la base del derecho, evitar los abusos del más fuerte.

Para concluir me permito transcribir lo que a este punto se refiere, *que la economía política es el resultado de un tejido de relaciones, que sus leyes si bien tienen cierta especificidad no son autónomas, que la voluntad política ejercida desde las estructuras del poder financiero mundial está presente en eso que se ha pretendido presentar como una objetividad necesaria y autónoma, y que, finalmente, el término político que acompaña a su nombre no es un adjetivo calificativo sino una condición de su propia naturaleza. La economía si no es política, no es economía.*

Para concluir, en el capítulo catorce sobre las reformas necesarias se plantean las reformas del Estado, la reforma social y la reforma económica. La pregunta de si el Estado debe renunciar o no a su papel de moderador y regulador de las relaciones políticas y sociales y, si debe ser sustituido o no

mediante la privatización en una serie de actividades que tradicionalmente le han correspondido. Si la respuesta es negativa, evidentemente quien asumiría el papel del Estado sería el mercado. Frente a esto, el Estado quedaría imposibilitado de poder ejercer cualquier papel regulador de las producciones sociales de producción para tratar de nivelar un poco las desigualdades y asimetrías, pues la riqueza aunque sea desmesurada y la pobreza aunque sea la indigencia son obras de la naturaleza que actúa a través del mercado y por lo mismo es antinatural tratar de cambiar las cosas por la acción externa del Estado, de donde nos señala el autor la necesidad de buscar alternativas al neoliberalismo presentando estrategias de desarrollo integral que superen la situación límite a la que nos conduciría el neoliberalismo: destrucción de la naturaleza, selección de los más fuertes, o explosión social, de donde concluye en la necesidad de una ética del desarrollo partiendo de que la economía, sus políticas e instrumentos son medios al servicio de fines y objetivos que tienen necesariamente como destinatarios al ser humano y a la sociedad. El desarrollo no puede ser concebido si no es como desarrollo integral, democrático, endógeno, participativo, con identidad y humanitario.

En conclusión, el Estado debe asumir una función relevante en lo que concierne a la promoción y dirección de los procesos de concertación conducentes a la realización del proyecto nacional o acuerdo social estratégico que comprometa las voluntades de los diferentes sectores públicos y privados y de los grupos y organizaciones representativos de la sociedad civil.

Muchas gracias.

Managua, 21 de Abril de 2004





TUTELA JUDICIAL  
(EL PROCESO DEBIDO)



# LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

JOAQUÍN BORRELL MESTRE

*Consejero del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Escuela Superior de Administración  
y Dirección de Empresas (ESADE) de la Universidad Ramon Llull (Barcelona)*

*Magistrado*

## SUMARIO

I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. II. LA PRUEBA. III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. IV. MEDIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES EN UN HECHO DELICTIVO. V. INTERVENCIONES CORPORALES. VI. LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO. VII. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y LA APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA. VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EN ESPECIAL, LAS PRUEBAS OBTENIDAS VIOLENTANDO DERECHOS FUNDAMENTALES.

## I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. En el catálogo de los derechos fundamentales la tutela judicial se concibe como un derecho esencial cuya finalidad es la protección de otros

derechos. Consiste en el derecho a acceder a los tribunales y a obtener de ellos una resolución de fondo, siempre que concurren los presupuestos necesarios para ello.

Este derecho se relaciona frecuentemente con la prohibición de indefensión, lo que comporta que ninguna controversia que tenga su base en el ordenamiento jurídico quede sin dicha tutela judicial. La tutela judicial efectiva también se conecta con las garantías del denominado «debido proceso». Entre ellas se comprenden derechos tales como: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno mismo y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, en el que necesariamente concurren los principios de audiencia y de igualdad de las partes. Por el contrario, la tutela judicial comprende la prohibición de autodefensa, interdicción que por lo demás es propia de un Estado de Derecho.

2. La prohibición de indefensión conlleva la exigencia de un pronunciamiento judicial. Ahora bien, para que se produzca una resolución de fondo es preciso que concurren una serie de requisitos determinados y una serie de presupuestos establecidos en la norma. Ante su ausencia en un supuesto concreto, como norma general y en cuanto sea posible, la actividad de los órganos judiciales ha de tender a conseguir su subsanación, pues de lo contrario puede incurrirse en una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En lo que afecta a la resolución de fondo, la tutela judicial exige que aquélla sea motivada, con la finalidad de que los interesados puedan conocer los criterios jurídicos en que se sustenta la decisión, y asimismo para que puedan controlar las razones que, a juicio del órgano judicial, justifican el sacrificio de sus derechos. Respecto a la fundamentación, cabe advertir que no es preciso que sea pormenorizada. Basta únicamente con que en ella se recojan los principales motivos en que se basa. Esta resolución, además, debe ser congruente, lo que supone una conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio.

La tutela judicial efectiva no finaliza en esta fase, sino que se extiende también a la del recurso y a la ejecución. Como es sabido, las partes tienen derecho, en los casos previstos en las leyes, a recurrir las decisiones de los órganos jurisdiccionales y, en este sentido, hay que considerar que, para conseguir la realización plena del derecho a la tutela, las causas de admisión

del recurso deben interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del mencionado derecho. En cuanto a su proyección a la fase de ejecución, supone que el fallo judicial se cumpla en sus propios términos y que la parte cuya pretensión ha sido reconocida sea repuesta en su derecho.

Para finalizar este apartado, cabe destacar que son titulares de la tutela judicial efectiva tanto las personas físicas como las jurídicas.

## II. LA PRUEBA

1. En el proceso penal la prueba consiste en una actividad procesal dirigida a la formación de la convicción psicológica del juez, necesaria para la correcta resolución de la cuestión sometida a juicio, y que versa fundamentalmente sobre las cuestiones de hecho que sustentan las alegaciones y las pretensiones de las partes.

Los medios probatorios admitidos en derecho tienen en el proceso penal, según el momento en que se producen, tanto una diferente función como una distinta naturaleza. Ello guarda asimismo relación con la separación orgánica y funcional entre las fases de instrucción y de juicio. En general, los medios comprendidos en la fase de instrucción son utilizados como métodos de investigación. Las técnicas de investigación del delito (como paso previo a la formulación de una acusación) requieren, en ocasiones, tanto del uso de medios públicos como de la dedicación de personas especializadas e, incluso, de la utilización del *imperium* estatal. Por otra parte, a veces han de adoptarse medidas restrictivas de los derechos de las personas que sólo pueden autorizarse excepcional y justificadamente y además con la intervención de la autoridad judicial. No en vano las construcciones procesales se diseñan para armonizar las necesidades de la investigación oficial con el respeto a los derechos de los ciudadanos en el marco de un proceso justo.

Como se ha indicado antes, los medios de prueba son utilizados además en su propia y verdadera función de medios al servicio de la pretensión acusatoria. En la fase del juicio oral, el acusador no puede transmitir su conocimiento y su convencimiento sobre la veracidad de los hechos si no es a través de la prueba. En buena técnica, las investigaciones llevadas a cabo con anterioridad a esa fase, en principio, no debieran tener otro alcance que el de haber servido para el conocimiento de unos hechos que pueden revestir un carácter delictivo, y para la obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba. Esta afirmación, sin embargo, admite algunas matizaciones. En efecto, si bien la sentencia condenatoria se ha de fundamentar en

«auténticas pruebas», debiendo entenderse en principio por tales aquellas que se practiquen en el juicio, ello no obstante, en las leyes procesales se contemplan supuestos de prueba preconstituida y anticipada en los que es previsible su imposible reproducción en el juicio oral. Adelantamos que, en todo caso, en estos últimos supuestos debe garantizarse al imputado, en la medida de lo posible, el ejercicio de su derecho de defensa a través de la contradicción. Sobre esta cuestión se insistirá más adelante al tratar de la valoración de la prueba (apartado VIII).

2. El derecho a la prueba no es un derecho incondicional y absoluto, sino un derecho que ha de ser modulado por razones de pertinencia y de necesidad. La pertinencia hace referencia a la relación que guardan las pruebas con la *ratio decisionis* y, por lo tanto, con el objeto del proceso que viene definido por el delito que se enjuicia. Se relaciona a un primer momento de admisión de la prueba, por lo que la realización de este juicio corresponde al tribunal penal. Por ello, sólo resulta procedente el examen por el Tribunal Constitucional de la regularidad o no de su admisión en aquellos supuestos de falta de fundamento, de arbitrariedad, de irrazonabilidad o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio que haya sido propuesto.

La pertinencia de las pruebas es un concepto diferenciado del de la necesidad de las mismas, pues afectan a momentos procesales distintos. Si, como se ha dicho, la pertinencia está referida al primer momento de su admisión, el concepto de necesidad se anuda al momento de su práctica. En ello se advierte una gradual exigencia lógica, pues si bien un tribunal en principio puede haber admitido una prueba, luego, ante los obstáculos que presente su práctica, podría prescindir de ella como innecesaria y llevar adelante el juicio sin acordar la suspensión que pudiera solicitarse por alguna de las partes a fin de practicarla más adelante. La decisión sobre este extremo viene determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de la propia prueba.

3. El objeto de la actividad probatoria son los hechos que sustentan la acusación. En el proceso penal, los hechos están formalmente controvertidos y, por lo tanto, están necesitados de prueba. Así, respecto a hechos admitidos y confesados, no es suficiente en el proceso penal que, por la circunstancia de que los reconozca el imputado, se les confiera total credibilidad. Este mismo criterio subsiste y permanece con fuerza durante la fase probatoria que se desarrolla durante la celebración del juicio oral. Asimismo y en cuanto

a las presunciones, hay que advertir que la ley no puede imponer ninguna presunción de la que se deriven efectos perjudiciales para el acusado porque esto chocaría frontalmente con la presunción de inocencia, de carácter general.

4. En este apartado dedicado en general a la prueba cabe, para finalizar, hacer una referencia a la prueba indiciaria, denominada también indirecta, circunstancial o coyuntural, que es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado en los mismos. En todo caso, debe motivarse la existencia de un nexo causal y coherente entre los hechos probados (indicios) y el hecho que se trata de probar (delito).

Los requisitos exigibles para tomar en cuenta este tipo de actividad probatoria son los siguientes: a) necesidad de que el indicio no sea aislado sino que exista una pluralidad de ellos; b) los hechos base han de estar absolutamente probados en la causa y demostrados por prueba de carácter directo; c) debe haber relación material y directa de los indicios con el hecho criminal y su agente; d) estos indicios han de quedar acreditados por medio de la prueba practicada en el juicio oral, y e) es preciso que entre los indicios y la conclusión exista una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo.

### III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es el derecho que asiste a un acusado a no ser condenado sin pruebas de culpabilidad, o sin una actividad probatoria realizada con las debidas garantías, que de alguna forma puede entenderse de cargo.

Se trata de un derecho que se reconoce a todos los ciudadanos con carácter previo y general y que se mantiene incluso a partir del auto de procesamiento y durante el juicio oral. Solamente será posible destruir la presunción de inocencia a través de una actividad probatoria de cargo practicada principalmente en el juicio oral y llevada a cabo con total respeto a los derechos fundamentales de la persona y con estricta observancia de las garantías procesales de oralidad, contradicción, dualidad de partes e

igualdad. En definitiva, se trata de una presunción que desarrolla su plena eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas, o cuando las practicadas no reúnen las garantías judiciales previstas en el ordenamiento jurídico. El titular del derecho a la presunción de inocencia es toda persona acusada de la comisión de un delito o de una infracción.

En el juicio oral es precisamente donde han de practicarse las pruebas, correspondiendo la carga de éstas a quien acusa. Por otra parte, nadie puede ser obligado a probar su inocencia, y por ello los vacíos probatorios deben determinar un pronunciamiento absolutorio. Como se ha indicado antes, este principio de reproducción de pruebas en el juicio oral no es absoluto, pues, además de poder ser valoradas las pruebas practicadas en las diligencias sumariales –una vez sometidas en el propio juicio a los principios que lo rigen–, se admiten también en el ordenamiento español, en calidad de pruebas anticipadas o preconstituidas, las diligencias o actuaciones sumariales de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, siempre y cuando se haya posibilitado al practicarlas la contradicción en los términos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En esta línea cabe precisar que los atestados policiales carecen en principio de valor probatorio, a no ser que sean ratificados en el juicio oral por la policía. En cuanto a las declaraciones efectuadas en el sumario por testigos de cargo fallecidos, o bien por testigos residentes en el extranjero que no pueden asistir al acto del juicio oral, para que sus declaraciones tengan eficacia probatoria es preciso que en este acto se efectúe la lectura y que sus declaraciones sean asimismo sometidas en lo posible a contradicción.

Respecto a las diferentes versiones que pueden apreciarse entre las declaraciones sumariales efectuadas por el acusado con las que efectúa sobre los mismos hechos en el juicio oral, se admiten en este acto las explicaciones que sobre las mismas pueda dar el acusado, pudiendo el tribunal, a efectos probatorios, valorar las contradicciones apreciadas.

#### IV. MEDIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES EN UN HECHO DELICTIVO

A continuación se examinarán algunos de los más importantes y en cuya práctica pueden surgir problemas de constitucionalidad.

1. El reconocimiento de los intervinientes en un hecho delictivo por la



víctima o por testigos, se efectúa principalmente a través de la diligencia de reconocimiento en rueda que resulta propia de la instrucción sumarial. Según la ley, su práctica precisa de la presencia del juez, de asistencia letrada, y de la formación de una rueda de detenidos. Por lo demás, esta diligencia no se ve afectada por la circunstancia de que la policía haya mostrado a la víctima con anterioridad unas fotografías, dado que tal actuación forma parte también de los métodos legales existentes para llegar a la identificación del imputado.

Aún siendo aquella diligencia la más común para obtener la identificación, no puede descartarse la validez del reconocimiento en rueda practicado por la policía judicial ante letrado como garante de la legitimidad constitucional, siempre y cuando su contenido sea de alguna forma ratificado judicialmente, con lo que entonces adquiere el alcance y el valor propios de la prueba testifical. Lo propio acontece respecto a reconocimientos efectuados por particulares a través de unas fotografías ante la policía, si se produce posteriormente tal ratificación.

En cuanto a la captación de la imagen del delincuente mediante fotografía o vídeo obtenidos en el momento de la ejecución del delito, conviene distinguir dos casos. El primero, que la grabación haya sido hecha por la policía; el segundo, que la hayan llevado a cabo particulares.

En el primer supuesto, no existe obstáculo legal a que la policía pueda utilizar todos los medios a su alcance para investigar un delito, sin descartar los sistemas mecánicos de grabación de imágenes, aunque tales operaciones debe efectuarlas dentro de los límites que impone el respeto a los derechos fundamentales y el resto del ordenamiento jurídico. En sus labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, no existe inconveniente en que los agentes puedan transferir las percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que tome constancia de lo que sucede en su presencia. Este material tiene un innegable valor probatorio, que es capaz de destruir la presunción de inocencia siempre que sea reproducido en el juicio oral.

En cuanto al segundo supuesto, también pueden ser válidas las captaciones de imagen del delincuente por medio de fotografías o películas tomadas durante la comisión de hechos delictivos (p. ej., fotografías tomadas por cámaras ocultas de un banco durante el atraco, vídeos grabados por televisiones, etc.), si bien se han de someter a contradicción de forma pública en el juicio oral.

2. Otros medios a través de los cuales puede lograrse la identificación son aquellos en los que se utiliza la grafología, la dactiloscopia, e incluso medios que recogen la voz del presunto imputado. En ellos se precisa de un material indubitado, es decir, la escritura, la huella o la voz del presunto responsable del hecho delictivo para ser comparado con el que obra en las diligencias policiales o sumariales. En general, se precisa, además, de la correspondiente prueba pericial que luego deberá ser sometida a contradicción.

En concreto, respecto a la identificación a través de la dactiloscopia, se comparan las huellas halladas en el lugar en que se produjo el hecho delictivo con la huella indubitada de un individuo. Para tener la certeza de que se trata de las mismas se considera que deben coincidir en ambas entre ocho y diez puntos característicos. Aún siendo una prueba indubitada sólo indica que el sospechoso estuvo en un determinado lugar. Por ello, y a los efectos de la valoración de esta prueba, debe estarse a la explicación que dé el acusado de su presencia allí.

La identificación por la voz debe ser ratificada en el juicio oral y sometida a contrastación. Si la identificación se efectúa a través de una grabación, debe llevarse a cabo el oportuno juicio de autenticidad, bien mediante informe de los peritos que la estudien o bien a través de su percepción directa por el tribunal. No puede obligarse al inculcado a someterse a esta prueba si él no quiere, pero el tribunal puede valorar esta negativa.

3. A efectos de averiguar la identidad de los criminalmente responsables también se ha admitido la identificación a través de marcadores genéticos, debiendo en este caso la autoridad judicial estar en posesión de un material indubitado para poderlo contrastar con el hallado en la escena del crimen.

El problema que suscita esta prueba es el de su fiabilidad o grado de certeza. En Alemania se opera con un límite de precisión de un 99,73 % y en Suiza de un 98,80 %.

Asimismo se considera válida la identificación a través de análisis de cabellos. Se trata de un examen de comparación entre los cabellos indubitados del acusado y los hallados en la escena del delito. En principio se considera una prueba pertinente, pero su eficacia probatoria dependerá de su resultado.

Es valorable por el tribunal la negativa del acusado a su práctica y en ocasiones puede ser un medio válido complementario de otros medios de prueba indiciarios.

4. El Tribunal Constitucional español ha manifestado, en general, que la extracción de sangre, aunque lo afecta, no atenta contra el derecho a la integridad física y, en consecuencia, no es una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución española, que consagra aquel derecho. Pero al afectarlo, así como también al derecho a la intimidad, se requiere un control judicial por auto motivado.

A pesar de lo anterior, hay que significar que su práctica la debe consentir el afectado, pues no está permitida la utilización de la fuerza física. No obstante, es posible valorar la negativa a su práctica, así como establecer sanciones para quien desobedezca la resolución judicial.

En relación con la resolución judicial que ordena la práctica de la prueba biológica de paternidad hay que destacar que no vulnera los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad del afectado siempre y cuando sirva a fines constitucional y legalmente legítimos previstos en la norma, y sea tal prueba indispensable para alcanzar estos fines; que sea llevada a cabo por un profesional de la medicina y no represente un grave riesgo o quebranto para la salud del afectado por la prueba; y finalmente que guarde una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva a la intimidad e integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve.

En cuanto al resultado de esta prueba, si es negativo se considera seguro. Respecto al positivo, no es posible llegar a unas conclusiones absolutas, y en este sentido la doctrina entiende que aunque no se obtenga un resultado del 100 %, unas décimas menos (97,70 %) pueden proporcionar al tribunal una certeza suficiente como para destruir la presunción de inocencia.

## V. INTERVENCIONES CORPORALES

A continuación se hará referencia a la posibilidad constitucional de efectuar determinadas intervenciones corporales tendentes a averiguar la comisión de un hecho delictivo por un sujeto determinado.

1. La diligencia de cacheo contempla una medida coactiva que afecta a la libertad deambulatoria. Consiste en el registro de una persona para saber si oculta elementos que pueden servir de prueba de la comisión de un hecho delictivo. Comporta un sometimiento legítimo a las normas de policía. Se diferencia de forma esencial de la detención porque su efecto es cuantitativa

y cualitativamente mucho más reducido. Por ello las exigencias previstas en la ley para una detención no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo. En principio, el agente, amparándose en sus funciones, ha de motivar su actuación valorando la sospecha o las razones que justifican su intervención.

2. El derecho a la intimidad no es absoluto, lo cual supone aceptar que respecto al mismo es posible admitir ciertas intromisiones. En todo caso, para que la intromisión sea legítima, es preciso que la medida que ordene una exploración en determinada cavidad corporal se adopte a través de una resolución judicial motivada que, con fundamento en una previsión legislativa, delimite la intromisión en el derecho y pondere razonablemente la gravedad de ésta y su imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Para su práctica, es preciso, además, que la persona obligada se preste voluntariamente, pues se considera degradante la utilización de la fuerza física. Por ello, si se produce la negativa del imputado la resolución judicial carece de ejecutabilidad. No obstante lo anterior, la negativa a consentir su práctica puede ser valorada por el tribunal como un indicio.

En cuanto a las exploraciones radiológicas, si son practicadas por facultativos no queda en principio afectada la intimidad de la persona. Por lo demás, para salvaguardar el derecho fundamental a la integridad física del sospechoso, debe garantizarse que no produzca efectos nocivos para su salud, lo que puede ocurrir si tal diligencia se practica con frecuencia (p.ej., a un interno de un centro penitenciario cada vez que ingresa en la cárcel, una vez ha disfrutado de un permiso).

3. Respecto a la prueba de alcoholemia, de entrada conviene aclarar que existe una obligación de sometimiento a esta prueba por parte de los conductores tanto cuando se les requiera en aquellos controles esporádicos que permite la ley, como en aquellos supuestos en que se encuentren implicados en accidentes de tráfico.

Existe una prohibición de circular con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,50 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro, cantidades que se reducen a 0,30 y 0,15, respectivamente, para la conducción de vehículos destinados al transporte de mercancías con un peso máximo autorizado superior a 3.500 Kg, transporte de viajeros de más de nueve plazas, servicio público, transporte escolar, de

menores, o de mercancías peligrosas, servicios de urgencia o transportes especiales. El Tribunal Constitucional español ha considerado que la práctica de esta diligencia no es contraria al derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, porque no se obliga al sujeto pasivo a emitir una declaración. Se trata simplemente de que éste tolere ser objeto de una especial modalidad de pericia exigiéndole una colaboración no equiparable a una declaración. Esta obligación supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía. En ningún caso puede hablarse de detención, por lo que no son aplicables los requisitos exigidos para esta en orden a la práctica de aquella. Ahora bien, si tiene por objeto una persona detenida, el mencionado Tribunal exige la asistencia de un letrado para asegurar que los derechos del detenido sean respetados, para evitar que no sufra coacción y para que tenga el debido asesoramiento técnico.

En cuanto a la práctica de esta prueba se exige: a) Que se trate de un acto voluntario, pues no existe la posibilidad de utilizar la *vis* física. Esto no impide que el artículo 380 del Código Penal español castigue como autor de un delito de desobediencia al conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se niegue a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de aquellos hechos, b) Que se efectúe con aparatos autorizados y contrastados oficialmente, c) Que si el resultado es positivo se conceda al conductor la realización de una segunda prueba, d) Que si el resultado de esta segunda prueba es positivo se le ofrezca ejercitar su derecho a la contrastación de los resultados obtenidos con un posterior análisis clínico.

Esta prueba, lógicamente, es irrepetible en el juicio oral. Por ello, en el aspecto formal, es preciso que figuren detallados todos los datos relevantes, así como la constancia de haberse informado al interesado acerca de la posibilidad de que se le practiquen tanto la segunda prueba, como la ulterior prueba en sangre. Asimismo, en el juicio oral ha de ser ratificada por los agentes intervinientes, pudiendo ser sometida su actuación al principio de contradicción.

## VI. LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO

1. La inviolabilidad del domicilio es un derecho básico constitucional consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución española. No puede efectuarse ninguna entrada o registro en éste sin el consentimiento del

titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 proclama en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia o su domicilio, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques. Con parecida fórmula se pronuncia el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

El domicilio es inviolable porque en sí mismo constituye lo más íntimo y sagrado de la persona. Es aquel lugar donde desarrolla al máximo la proyección de su yo, de sus intereses y de sus gustos, de sus apetencias, o, en suma, de sus vivencias. Su inviolabilidad garantiza la intimidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, en el ámbito más puro de la privacidad.

A efectos constitucionales se entiende por domicilio cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar de una persona, o lo que es lo mismo, que le sirva de habitación o morada. Es en definitiva el lugar, cualquiera que sea su condición y características, donde vive una persona o una familia, ya sea de forma estable o transitoria. A título de ejemplo cabe destacar que se consideran domicilios también: la habitación arrendada en la que vive el acusado; las habitaciones ocupadas de un hotel; así como un despacho profesional no abierto al público en la medida en la que el trabajo, la profesión y la industria tienen una importancia decisiva para la autorrealización de los ciudadanos, siendo indiferente que esté o no situado en el mismo lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular en sentido estricto. También se ha considerado domicilio una tienda de campaña donde, con unas condiciones mínimas, pueda ejercerse una vivencia íntima, así como la caravana, adosada a un vehículo de motor o que forma parte íntegra de él, que tiene en su parte habitable todo lo necesario, más o menos, para hacer eficaz la morada de los pasajeros, sin que la circunstancia de tratarse de un vehículo en movimiento pueda excluir aquel carácter.

2. El artículo 18.2 de la Constitución española determina que no puede efectuarse entrada alguna en un domicilio sin consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Procede, pues, hacer referencia a estos extremos: en primer lugar en cuanto al consentimiento del titular, en principio, hay que entender que lo presta aquél que requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro, ejecuta los actos necesarios que de él dependen, para que la entrada y registro pueda llevarse a cabo. En

este caso no podrá invocarse por el afectado y por esta causa la inviolabilidad que la Constitución proclama. No obstante lo anterior, el problema de si existe o no consentimiento ha de ser interpretado restrictivamente, es decir, de la forma más favorable para el titular domiciliario. Por ello, para llegar a conclusiones concretas habrá que analizar racionalmente en cada caso el comportamiento del propio interesado antes, durante y después de la práctica del registro, así como también las manifestaciones de cuantos estuvieron presentes en él. Por otra parte, tratándose de una persona detenida es necesario, para la validez del consentimiento respecto a la entrada y registro de su domicilio, que en el momento de prestarlo esté asistido de un letrado.

En segundo término y respecto a la flagrancia, ésta se caracteriza por las siguientes notas: a) que la acción delictiva se esté desarrollando en el momento en que se sorprende o percibe; b) que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o relación con determinados aspectos del delito (objeto, instrumentos, efectos o evidencias materiales del mismo), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva; c) la percepción directa y efectiva (no presuntiva ni indiciaria) de las anteriores condiciones, y d) la necesidad urgente de intervención, que debe valorarse en función del principio de proporcionalidad, evitando intervenciones desmedidas o lesiones de derechos desproporcionadas respecto al fin con ellas perseguido.

Finalmente y respecto a la necesaria resolución motivada para efectuar la entrada y registro domiciliarios en el caso de que no se produzca alguno de los supuestos a los que se acaba de hacer referencia, se exige que en aquélla se pondere la necesidad de la medida manejando criterios de necesidad y proporcionalidad. Únicamente cuando sea estrictamente necesaria se puede autorizar la intromisión en el derecho fundamental de una persona, dado que, si es posible, debe acudirse previamente a otros medios de investigación considerados menos gravosos.

En general, para averiguar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple estos tres requisitos: a) si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más ponderada para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad); c) si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), y d) que el acto o resolución judicial

que restringe estos derechos fundamentales tenga una base legal, es decir, que sea permitido y regulado por una norma positiva. Finalmente, conviene añadir que el juez, al tratarse de una diligencia destinada a la averiguación y descubrimiento de un hecho delictivo, sólo debe conceder la autorización en aquellos supuestos en que se manifiesten sospechas fundadas de una comisión delictiva.

La meticulosidad y las exigencias, tanto constitucionales como de las leyes procesales, respecto a la práctica de esta diligencia muestran claramente la preocupación del legislador por salvaguardar este derecho fundamental, por evitar inspecciones inútiles, por procurar no perjudicar ni molestar al interesado más de lo necesario y por adoptar todo tipo de precauciones para no comprometer su reputación.

## VII. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y LA APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA

La tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Se extiende también la protección, superando el contenido estricto de la intimidad, a la libertad de comunicación en general, por lo que en el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones es digna de amparo cualquier información transmitida, afecte o no a la esfera íntima personal.

El derecho al secreto de las comunicaciones no es absoluto, sino que expresamente la propia norma constitucional prevé su limitación cuando se hubiere dictado una resolución judicial que permita levantarlo, desvelarlo o conocerlo, resultando entonces legítima la intromisión.

1. Las intervenciones telefónicas implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares. Se ordenan por el juez en la fase instructora o sumarial y su finalidad es captar el contenido de las conversaciones para la investigación de delitos concretos. La medida puede, pues, aplicarse no sólo a quienes tengan la condición de imputados o sobre los que existan indicios racionales de responsabilidad criminal, sino también en relación con no imputados, como pudieran ser los propietarios o usuarios de un teléfono del que se sirve el sospechoso. Estas intervenciones pueden



tener una doble naturaleza en el proceso penal. Pueden servir por una parte como fuentes de investigación de delitos orientando la encuesta policial, o pueden, por otra parte, utilizarse ellas mismas como medio de prueba. En todo caso han de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo quedan garantizadas con el respeto a las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de estas intervenciones en la causa penal y su concreción en prueba de cargo. Una vez introducida la intervención en el proceso, su valoración como prueba requiere en principio su audición en el juicio oral, previo el reconocimiento de la voz del imputado.

La declaración del secreto de las diligencias es también presupuesto lógico de la intervención telefónica, lo cual conduce a concluir que esta prueba sólo puede practicarse en una investigación judicial en curso, es decir, en el ámbito del juzgado. Al tratarse de la afectación de un derecho fundamental, la resolución por la que se acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas y aquellas en que se acuerda la prórroga de la misma, deben comunicarse al interesado, pues de lo contrario se le depararía indefensión. Ahora bien, para no frustrar la finalidad específica de la medida, es factible posponer la notificación al momento en que se levante la interceptación de la comunicación, y en todo caso cuando se levante el secreto sumarial.

Para acordar una interceptación telefónica es preciso hacerlo a través de una resolución motivada. En ella deben constar: las personas objeto de interceptación; el número de teléfono correspondiente; la concreción de la acción penal delictiva en cuanto sea posible (pues sólo puede concederse si existen indicios delictivos); la autoridad o agentes que deben llevar a cabo la medida; la forma de hacerlo; el plazo de duración de la misma, y los períodos de su ejecución en que haya de darse cuenta al juez. En todo caso, para autorizar su práctica, el juez deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad, pues esta prueba se prevé únicamente respecto a delitos graves. Asimismo deberá acreditarse su necesidad en el sentido de que no existen otros medios alternativos que eviten la lesión de los derechos fundamentales en juego.

La falta de motivación de la resolución judicial que la autoriza determina la lesión del derecho fundamental, y por ende la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios. Lo que se acaba de exponer sobre las escuchas telefónicas se extiende también a las comunicaciones por fax, así como a otras técnicas de transmisión de análogo significación.

2. La diligencia de apertura de la correspondencia también debe acordarse a través de una resolución judicial motivada en la que se contenga el juicio de necesidad y de proporcionalidad sobre la detención, apertura y examen de la correspondencia postal que, además, se llevará a cabo por el propio juez, al que deberá remitirse inmediatamente esta correspondencia intervenida. La apertura, pues, la efectuará el juez en presencia del interesado, lo que no puede obviarse ni aun en el supuesto de que se haya decretado el secreto sumarial.

Los paquetes postales se equiparan a estos efectos a la correspondencia, exceptuándose aquellos remitidos a través del sistema de etiqueta verde, en los que debe detallarse su contenido a efectos de su inspección. En este caso, hay que entender que el que lo expide renuncia expresamente a su derecho al secreto del contenido del paquete. Es decir, que al enviarlo acepta la condición de que éste pueda ser inspeccionado para verificar la concordancia entre su contenido real y lo declarado previamente.

Finalmente, conviene advertir que la apertura de objetos relacionados con la investigación (maletas, vehículos, etc.) no tiene las garantías de la correspondencia. Por el contrario, tiene esta reserva el contenido de los ordenadores.

## VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EN ESPECIAL, LAS PRUEBAS OBTENIDAS VIOLENTANDO DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La valoración de la prueba se lleva a cabo a través del razonamiento. De las reglas del criterio racional (máximas de experiencia, en otra denominación) que pueden ser genéricas (y encontrarse al alcance de una persona del nivel cultural del juez) o especializadas (p. ej., las vehiculadas a través del perito), el juzgador debe hacer uso en dos momentos de la formación de su juicio sobre una cuestión de hecho. En primer lugar, al valorar cada medio de prueba considerado singularmente con la finalidad de determinar la credibilidad que se pueda atribuir a los resultados que se deriven de su práctica. En segundo término, a la hora de construir las presunciones judiciales, ya que entre los hechos, es decir, los indicios que han quedado probados y los hechos inmediatamente relevantes para la aplicación de las normas penales, ha de concurrir una relación precisa, concebida según las reglas del criterio racional.

2. Como se ha dicho antes, constituye regla general que los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia

son los utilizados en el juicio oral celebrado en condiciones de igualdad entre acusador y acusado, y con respeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

En consecuencia, las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Sin embargo, esa norma general, como ya se ha indicado al tratar de la prueba en general, no puede ser entendida tan radicalmente que conduzca a negar toda eficacia probatoria a ciertas diligencias sumariales y preprocesales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen.

El Tribunal Constitucional español ha determinado que los requisitos que ha de reunir un acto de instrucción constitutivo de prueba sumarial anticipada y preconstituida son los siguientes: a) que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) que sea intervenido por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, es decir, por el juez de instrucción. Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) que se garantice la contradicción siempre que sea factible. Por ello, se le ha de permitir a la defensa comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito; d) la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, y de otro, de que su objeto sea introducido en el juicio público mediante la lectura de documentos, a fin de posibilitar que su contenido sea sometido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

Finalmente, debe destacarse que las diligencias sumariales quedan sobrevaloradas en los llamados «procesos de ruptura», caracterizados por la negativa rotunda de los acusados a toda forma de participación. Ello sucede cuando éstos no reconocen la autoridad del tribunal sentenciador, se niegan a declarar en el acto del juicio oral e incluso cuando han de ser

desalojados de la sala. En estos casos, se puede otorgar valor probatorio a lo actuado en la fase instructora.

3. Es posible también valorar pruebas provenientes de elementos predispuestos para permitir el descubrimiento del autor de un delito. Por agente encubierto se entiende aquella persona que, integrada de ordinario dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo con éstos, se introduce, ocultando su verdadera identidad, dentro de una organización criminal, con la finalidad de recabar información de la misma y proceder, en consecuencia, a su desarticulación. La validez de esta técnica de investigación es admisible, pudiendo además dársele el tratamiento de prueba testifical, que en ocasiones es muy relevante.

Por el contrario, no es válida la prueba obtenida a través de un agente provocador que pretende conocer la propensión al delito de una determinada persona. Se trataría en este caso de un hecho delictivo creado por una autoridad, que desconoce el principio de legalidad, así como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Finalmente, la problemática del delincuente arrepentido que abandona voluntariamente sus actividades delictivas se plantea en los procesos por delitos de terrorismo y tráfico de drogas, en cuanto la legislación le otorga un trato penal más favorable, consistente en la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, además, se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y colabore activamente con éstas para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. Se trata, pues, de la colaboración de un coimputado. En la valoración de esta prueba habrá que ponderar la circunstancia de que, con su actuación, el arrepentido pretende gozar de un trato penal, y a veces procesal, más beneficioso, lo que puede restar credibilidad a su testimonio. Sin embargo, ello no es obstáculo para admitir su validez si se acredita como veraz mediante otras pruebas que lo corroboren.

4. La admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental implica la infracción del artículo 24.2 de la Constitución española, porque una prueba así obtenida no puede calificarse como un medio pertinente. Esta prueba carecerá, pues, de validez en el proceso y, en consecuencia, los órganos judiciales deberán reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse la sentencia condenatoria.

La prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso. Además, contamina las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma. No es posible, desde el punto de vista constitucional, valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales, por la colisión que ello entraña con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. Existe, pues, la prohibición de obtener por vía indirecta consecuencias de la prueba ilícita. No obstante lo anterior, la prueba ilícita no contamina las pruebas restantes en el caso de que sea posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. Además, hay que entender que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos como hallazgo inevitable. Es necesario, pues, determinar si la prueba no afectada puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste.

En definitiva, pues, la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución, por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la Constitución española, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio. Lo anterior con independencia de que el infractor sea un particular o un funcionario del Estado.

Aunque las pruebas ilícitas sean nulas, pueden, sin embargo, en ocasiones, producir algunas consecuencias. En estos casos es preciso efectuar alguna distinción en orden a lo que la ley permite. Así, una cosa será paliar los efectos negativos que aparezcan en la diligencia irregularmente practicada, lo que resulta jurídicamente acertado, y otra es que en todo caso de la prueba obtenida ilegalmente no puede derivarse ningún efecto en contra de la persona a quien pudiera perjudicar. Así si una determinada prueba es la única prueba de acusación no será posible a través de ella ni de sus conexas castigar a los autores. Todo ello no impide, además, la posibilidad de implicar penalmente a los funcionarios actuantes, pues ellos son los primeros llamados a respetar unas normas cuyo cumplimiento implica la supervivencia de un auténtico Estado de Derecho, al que deben servir.

Finalmente, y desde la posición del acusado, tampoco es posible, ni en el caso de que éste lo solicite ni en el supuesto de que lo consienta, utilizar medios ilícitos o ilegales de prueba, porque ello supondría quebrantar principios esenciales e inderogables.

# SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

## I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STC 9/1981, de 31 de marzo  
STC 13/1981, de 22 de abril  
STC 14/1982, de 21 de abril  
STC 32/1982, de 7 de junio  
STC 37/1982, de 16 de junio  
STC 62/1982, de 15 de octubre  
STC 8/1983, de 18 de febrero  
STC 11/1985, de 30 de enero  
STC 13/1985, de 31 de enero  
STC 17/1985, de 9 de febrero  
STC 43/1985, de 22 de marzo  
STC 6/1986, de 21 de enero  
STC 114/1986, de 2 de octubre  
STC 55/1987, de 13 de mayo  
STC 148/1988, de 14 de julio  
STC 222/1988, de 24 de noviembre  
STC 37/1989, de 15 de febrero  
STC 191/1989, de 16 noviembre  
STC 15/1990, de 1 de febrero  
STC 203/1990, de 13 de diciembre  
STC 10/1991, de 17 de enero  
STC 122/1991, de 3 de junio  
STC 123/1991, de 3 de junio  
STC 127/1991, de 6 de junio  
STC 79/1993, de 1 de marzo  
STC 136/1999, de 20 de julio  
STC 227/2000, de 2 de octubre  
STC 67/2001, de 17 de marzo  
STC 109/2002, de 6 de mayo  
STC 187/2002, de 14 de octubre  
STC 31/2003, de 13 de febrero  
STC 74/2003, de 23 de abril  
STC 79/2003, de 28 de abril

STC 95/2003, de 22 de mayo  
STC 307/2005, de 12 de diciembre  
STC 267/2006, de 11 de septiembre

## II. LA PRUEBA

STC 36/1983, de 11 de mayo  
STC 217/1989, de 21 de diciembre  
STC 59/1991, de 14 de marzo  
STC 116/1997, de 23 de junio  
STC 81/2002, de 22 de abril  
STC 198/2002, de 28 de octubre  
STC 209/2002, de 11 de noviembre  
STC 183/2003, de 27 de octubre  
STC 190/2003, de 27 de octubre  
STC 229/2003, de 18 de diciembre  
STC 233/2005, de 26 de noviembre  
STC 267/2005, de 24 de octubre  
STC 97/2006, de 27 de marzo  
STC 123/2006, de 24 de abril

## III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

STC 31/1981, de 28 de julio  
STC 174/1985, de 17 de diciembre  
STC 175/1985, de 17 de diciembre  
STC 69/1986, de 28 de mayo  
STC 80/1986, de 17 de junio  
STC 6/1987, de 28 de enero  
STC 27/1987, de 19 de febrero  
STC 92/1987, de 3 de junio  
STC 137/1988, de 7 de julio  
STC 201/1989, de 30 de noviembre  
STC 10/1992, de 16 de enero  
STC 51/1995, de 23 de febrero  
STC 157/1995, de 6 de noviembre

STC 107/1997, de 2 de junio  
STC 220/1998, de 16 de noviembre  
STC 61/2005, de 14 de mayo

#### IV. MEDIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES EN UN HECHO DELICTIVO

STC 80/1986, de 17 de junio  
STC 103/1985, de 4 de octubre  
STC 10/1992, de 16 de enero  
STC 93/1994, de 21 de marzo  
STC 282/1994, de 24 de octubre  
STC 283/1994, de 24 de octubre  
STC 36/1995, de 6 de febrero  
STC 103/1995, de 3 de julio  
STC 148/1996, de 25 de septiembre  
STC 40/1997, de 27 de febrero  
STC 164/1998, de 14 de julio

#### V. INTERVENCIONES CORPORALES

STC 100/1985, de 3 de octubre  
STC 103/1985, de 4 de octubre  
STC 107/1985, de 7 de octubre  
STC 145/1985, de 28 de octubre  
STC 145/1987, de 23 de septiembre  
STC 22/1988, de 8 de febrero  
STC 89/1988, de 9 de mayo  
STC 5/1989, de 19 de enero  
STC 37/1989, de 15 de febrero  
STC 76/1990, de 11 de marzo  
STC 222/1991, de 25 de noviembre  
STC 24/1992, de 14 de febrero  
STC 303/1993, de 25 de octubre  
STC 7/1994, de 17 de enero  
STC 252/1994, de 19 de septiembre  
STC 197/1995, de 11 de marzo  
STC 35/1996, de 11 de marzo

STC 207/1996, de 16 de diciembre  
STC 161/1997, de 2 de octubre  
STC 188/2002, de 14 de octubre  
STC 68/2004, de 19 de abril  
STC 25/2005, de 14 de febrero  
STC 137/2005, de 23 de mayo  
STC 132/2006, de 27 de abril  
STC 319/2006, de 15 de noviembre

#### VI. LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO

STC 2/1984, de 18 de enero  
STC 137/1985, de 17 de octubre  
STC 94/1996, de 28 de mayo  
STC 41/1998, de 24 de febrero  
STC 139/1999, de 22 de julio  
STC 239/1999, de 20 de diciembre  
STC 22/2003, de 10 de febrero  
STC 56/2003, de 24 de marzo

#### VII. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y LA APERTURA DE CORRESPONDENCIA

STC 199/1987, de 16 de diciembre  
STC 128/1988, de 27 de junio  
STC 190/1992, de 16 de noviembre  
STC 85/1994, de 14 de marzo  
STC 86/1995, de 6 de junio  
STC 181/1995, de 11 de diciembre  
STC 54/1996, de 26 de marzo  
STC 123/1997, de 1 de febrero  
STC 81/1998, de 2 de abril  
STC 121/1998, de 15 de junio  
STC 151/1998, de 13 de julio  
STC 49/1999, de 5 de abril  
STC 166/1999, de 27 de septiembre  
STC 171/1999, de 27 de septiembre  
STC 82/2002, de 22 de abril

STC 56/2003, de 24 de marzo

STC 104/2006, de 3 de abril

## VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. EN ESPECIAL LAS PRUEBAS OBTENIDAS VIOLENTANDO DERECHOS FUNDAMENTALES

STC 31/1981, de 22 de diciembre

STC 55/1982, de 26 de julio

STC 114/1984, de 29 de noviembre

STC 107/1985, de 7 de octubre

STC 180/1987, de 12 de noviembre

STC 175/1995, de 22 de diciembre

STC 94/1999, de 31 de mayo

STC 8/2000, de 17 de enero

STC 50/2000, de 28 de febrero

STC 69/2001, de 17 de marzo

STC 149/2001, de 27 de junio

STC 28/2002, de 11 de febrero

## BIBLIOGRAFÍA

– BELLOCH JULBE, JUAN ALBERTO. «La prueba indiciaria». En: *La sentencia penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1992. P. 27-93.

– BORRAJO INIESTA, IGNACIO. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1995.

– CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994.

– CLIMENT DURÁN, CARLOS. *La prueba penal (doctrina y jurisprudencia)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

– DIEGO DíEZ, LUIS ALFREDO. «El control judicial sobre la conformidad del acusado». *Poder Judicial*, n.º 23 (1991): 33-47.

– FERNÁNDEZ-ESPINAR, GONZALO. «El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal». *Poder Judicial*, n.º 32 (1993): 19-38.

– GIMENO SENDRA, VICENTE [et al.]. *Derecho procesal: proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990 (3ª ed.).

– GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001 (3ª ed.).

– GUINARTE CABADA, GUMERSINDO. «La circulación o entrega vigilada de drogas». *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 55 (1995): 5.



- LÓPEZ GUERRA, LUIS. «Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales». En: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1992. P. 139-161.
- LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA. «Valor de las pruebas obtenidas en el proceso mediante registros domiciliarios efectuados por la policía; con especial referencia a la exigencia de intervención del secretario judicial en los realizados previo mandamiento judicial». *Poder Judicial*, n.º 24 (1991): 85-101.
- MARTÍ SÁNCHEZ, NICOLÁS. «La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales». *Actualidad Penal*, n.º 7 (1998): 141-162.
- MARTÍN MORALES, RICARDO. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995.
- RIVES SEVA, ANTONIO PABLO. «La prueba en el proceso penal: apuntes jurisprudenciales». *Actualidad Penal*, n.º 33 (1995): 509-577.
- RODRÍGUEZ SOL, LUIS. *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Granada: Comares, 1998.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE. «Algunas consideraciones sobre valoración de pruebas en juicio oral y otros problemas del proceso penal». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, n.º 1542 (1989): 131-160.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE. «La prueba en proceso penal, teoría general». *Estudios del Ministerio Fiscal*, n.º 2 (1995).
- SOTO NIETO, FRANCISCO. «Apertura de paquetes postales. Entrega vigilada de drogas». *La Ley*, volumen 2 (1996).
- VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO DE. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisdiccional*. Madrid: Colex, 1994.



# LAS DILACIONES INDEBIDAS

JAUME VERNET I LLOBET

*Consejero del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. CONSIDERACIONES GENERALES.- 3. LA NOCIÓN DE LAS DILACIONES INDEBIDAS: 3.1. Naturaleza jurídica y perspectivas: a) *La dimensión positiva y la negativa.*- b) *La conceptualización como derecho o como garantía.*- 3.2. El concepto de dilaciones indebidas: a) *Sobre las dilaciones o retrasos.*- b) *Sobre el carácter indebido.*- c) *Las notas características del concepto.*- 3.3. Las causas.- 3.4. El ámbito procesal.- 3.5. Los sujetos.- 4. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS DILACIONES INDEBIDAS: 4.1. La duración razonable del proceso.- 4.2. La complejidad del litigio.- 4.3. El comportamiento del demandante.- 4.4. El comportamiento de las autoridades.- 4.5. Las consecuencias de la tardanza para el interesado.- 4.6. El estándar de duración medio.- 5. EFECTOS.- 6. SUGERENCIAS DE LECTURA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema que se propone desarrollar es el de las dilaciones indebidas en los procesos judiciales, también ante la jurisdicción constitucional. El

tratamiento será general y comparado, aunque por vía de ejemplos aparezcan de manera más frecuente los casos resueltos ante las instancias judiciales europeas (particularmente mediante la citación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en especial aquellos supuestos relativos a España, así como asuntos enjuiciados por el Tribunal Constitucional español.

Este estudio se desarrolla en cuatro apartados. En el primero se efectúan unas breves consideraciones generales sobre la incidencia del paso del tiempo en el derecho, pero también se tratan sucintamente otras cuestiones como los precedentes históricos o el derecho comparado y la relación de las dilaciones indebidas con la tutela judicial efectiva para ofrecer un marco introductorio del objeto de este texto.

El segundo bloque se dedica básicamente a la noción de las dilaciones indebidas. Concretamente se analiza su naturaleza; el concepto; sus notas características; las causas de esas dilaciones; el ámbito procesal en el que se producen, es decir, el tipo de procesos en el que se producen esas dilaciones indebidas; y finalmente la cuestión relativa a los sujetos, tanto desde el punto de vista de su legitimación activa como pasiva.

En tercer lugar, se estudian los criterios jurisprudenciales elaborados, caso por caso, con relación a las dilaciones indebidas, sobre todo los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que, desde hace más de treinta años, han abordado esta cuestión y han ido conformando un concepto jurisprudencial de dilaciones indebidas.

Finalmente, como cuarto apartado, se introduce la cuestión de los efectos, esto es, qué soluciones se dan cuando se declaran unas dilaciones indebidas. Este tema no se trata en profundidad, sino que la pretensión es acabar de ofrecer un cuadro completo de las dilaciones indebidas, en esta última parte, a través de la jurisprudencia constitucional española.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES

Las dilaciones indebidas son una manifestación de la incidencia del paso del tiempo en la eficacia del derecho y, en la actualidad, esta incidencia ha ido tomando mayor relevancia y cada vez ha despertado una mayor sensibilidad jurídica, en paralelo a la mayor importancia que se da al tiempo desde la perspectiva económica.

Al menos dos dichos populares guardan relación con esta temática

y expresan la preocupación de la sociedad por el transcurso del tiempo, tanto en general como con relación a la administración pública. Uno es el lema «el tiempo es oro», que manifiesta plásticamente la importancia del tiempo, y el segundo subraya la lentitud de los asuntos públicos mediante el aforismo «las cosas de palacio van despacio». Son dos dichos que se aproximan desde tiempo inmemorial a la cuestión que nos planteamos jurídicamente. Así, pues, desde el punto de vista social, pero también desde las primeras manifestaciones jurídicas escritas, nos encontramos con la relevancia que el derecho da al tiempo, lo que se ha incrementado con el transcurso de los años en que ha crecido la valoración crematística del tiempo. Si nos remontamos al código de Hammurabi (1792-1750 a.C.), primer texto jurídico que se conserva prácticamente completo, en su artículo 13 se refiere a que si los testigos de alguno de los litigantes «no estuviesen a mano, los jueces señalarán un plazo de seis meses para presentarlos, y si al término del sexto mes no los presenta, perderá el proceso». Tenemos constancia de que, hace más de 4.000 años, el tema de los plazos ya preocupaba en los procesos judiciales y su incumplimiento surtía efectos negativos para los litigantes. Hemos observado como el tiempo preocupa socialmente, como lo ponían de relieve los dichos populares mencionados y también se refleja actualmente en los periódicos que, con frecuencia<sup>1</sup>, dedican artículos al tema en el ámbito jurídico y denuncian el alargamiento de los procesos judiciales.

Además, el retraso en la impartición de la justicia es una cuestión que se percibe de lejos y que se ha producido en todas las épocas. También Lucio Anneo Séneca nos decía que «nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía». De modo que Séneca nos advierte de la importancia de que la justicia sea dada con celeridad, sea impartida a tiempo, ya que de otro modo deviene injusta, lo que en nuestras sociedades modernas tiene mayor importancia debido al valor creciente que se da al tiempo<sup>2</sup>. Pues bien, esta

---

1. Esta conferencia se pronunció el 9 de febrero de 2007, en Guatemala, en las VI Jornadas de Derecho Constitucional, organizadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y el CEFCCA, con el apoyo del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña y de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo. Las sesiones empezaron el día 7, justo cuando el diario guatemalteco *Prensa Libre* dedicó la primera noticia de portada a que «La justicia camina lenta». Se trata de un ejemplo palmario de lo que se destaca en el texto y que se recoge frecuentemente por los medios informativos de los distintos países.

2. Vid. MORELLO, AUGUSTO MARIO, «La terminación del proceso en un plazo razonable como manifestación concreta de la eficacia del servicio de justicia», *El Derecho*, tomo 122, p. 887, afirma que «nunca más que ahora frente a la vertiginosa aceleración histórica, la necesidad de que la solución a un conflicto judicial recaiga en un tiempo razonablemente limitado, de modo

preocupación viene de antiguo y, además, no se produce sólo desde hace siglos, sino que sucede y preocupa en todas las latitudes, constituyendo una inquietud general, global diríamos ahora.

En este sentido, se ve claramente como, en distintos instrumentos internacionales, se hace referencia a las dilaciones indebidas, tanto en su dimensión positiva como negativa, como prescripción de actuar en un «plazo razonable» o como prohibición de permitir «dilaciones indebidas», respectivamente. Esta doble dimensión se aprecia también, como veremos, en algunas constituciones estatales que incorporan igualmente una referencia bien a la prohibición a las dilaciones indebidas o bien a que las sentencias deben darse en un plazo razonable.

Así, primeramente, nos referiremos al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, artículo 6, apartado primero, que afirma: «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente, imparcial, establecido por la ley». Esta remisión que afecta a todo tipo de procesos tiene otro reflejo en el artículo 5, apartado tres del mismo Convenio<sup>3</sup>, referido al plazo razonable, pero sólo dentro del ámbito penal, que es en el tipo de procesos en que esta cuestión ha cobrado mayor relevancia precisamente por la negación de la libertad que puede afectar a un determinado sujeto.

Igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se refiere a las dilaciones indebidas en su artículo 14, apartado tercero, pero se trata de una mención desde el punto de vista negativo, es decir, indica que no se deben producir dilaciones indebidas, lo que ha sido objeto de distintas decisiones por parte del Comité de Derechos Humanos<sup>4</sup>. A modo de ejemplo citaremos el asunto de Alfonso Ruiz Agudo contra España que se resolvió mediante comunicación del 29 de noviembre de 2002. En este caso estamos ante una instrucción judicial ordinaria que duró once años y

---

que la garantía de la efectiva tutela que anida en el marco del proceso, satisfaga los valores de pacificación, justicia y seguridad».

3. El art. 5.3 CEDH dispone que «toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1c del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia del juez competente o de otra autoridad habilitada por la ley a ejercer funciones judiciales, y *tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable* o ser puesta en libertad durante el procedimiento».

4. Esta doctrina, cuantitativa y cualitativamente menos amplia que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los tribunales constitucionales europeos, ha sido bastante ignorada, aunque ha provocado algunas reformas legales en países como Canadá y Holanda, según expone GARCÍA PONS, E., *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 34-35.

una apelación que duró otros trece<sup>5</sup>. Naturalmente, el Estado español fue condenado por esta demora que era totalmente injustificable, a diferencia de casos anteriores en los que el Comité no había apreciado violación del Pacto.

Igualmente, pueden citarse otros instrumentos internacionales, por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en el artículo 8, apartado primero<sup>6</sup>, o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998, en el artículo 67, apartado primero, letra c<sup>7</sup>, también referido al ámbito de los procesos penales, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, concretamente en el artículo 47<sup>8</sup>, que también se refiere a la dimensión positiva de las dilaciones indebidas introduciendo la necesidad del plazo razonable en cualquier tipo de proceso.

De todo lo anterior se aprecia que, desde el punto de vista internacional, hay un reconocimiento de que un proceso sin dilaciones indebidas o un proceso a desarrollarse en un plazo razonable, constituyen un verdadero derecho, mientras que, en el ámbito constitucional, no está tan claro que se trate de un derecho subjetivo. Así, en las constituciones estatales las referencias a los plazos judiciales son más bien una excepción. El derecho a obtener una resolución judicial en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas no aparece contemplado en todas las constituciones.

---

5. Comunicación n.º 864/1999, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/864/1999 (2002). En el punto 9.2 se dice que «El Comité toma nota de que el Estado parte ha constatado expresamente que el proceso contra Alfonso Ruiz Agudo tuvo una duración desmedida, y que ello fue declarado en las vías judiciales internas pero no ha dado ninguna explicación que pueda justificar el motivo de dicha dilación». En el punto siguiente, 9.3, señala que «la simple posibilidad de lograr compensación después, e independientemente de un juicio que ha sido indebidamente prolongado no constituye un remedio efectivo».

6. El art. 8 dice: «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter.»

7. El art. 67.1 afirma: «En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas.»

8. El art. 47 indica: «[...] Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley.»

En el ámbito europeo podemos acudir a las normas constitucionales de los Países Bajos (art. 15.3), de Hungría (art. 55.2), y de Suecia (cap. II, art. 9), que se refieren a las dilaciones indebidas en el ámbito penal<sup>9</sup>, en sentido positivo, las dos primeras, o negativo, la última. Para cualquier tipo de proceso, debe darse referencia de las constituciones de España (art. 24.2)<sup>10</sup> y de Finlandia (art. 21.1)<sup>11</sup>, que se refieren a las dilaciones indebidas a partir de un enunciado negativo. El resto de constituciones europeas no hacen una referencia expresa a este tema, pero podrían ampararse dentro de la protección genérica dispensada a la tutela judicial o por remisión a los textos internacionales ratificados por los distintos estados europeos.

Finalmente, entre las constituciones de América central, se puede acudir también al artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica, que se refiere a un derecho a que la justicia se administre cumplida y prontamente en todos los órdenes, mientras que las Constituciones de Guatemala o de Nicaragua se refieren al ámbito penal<sup>12</sup>.

---

9. El art. 15.3 de la Constitución de los Países Bajos de 1983 dice: «3. El juicio de toda persona que haya sido privado de su libertad con objeto de ser procesada deberá celebrarse en un plazo razonable.» La Constitución de Hungría dice: «2. La persona sospechosa de haber cometido un delito que esté bajo arresto, deberá ser puesta en libertad o, llevada ante el Juez a la mayor brevedad. El Juez estará obligado a tomar declaración a la persona llevada ante él y decidir, sin demora, su puesta en libertad o su detención, mediante una resolución por escrito, en la que deberá hacer constar los fundamentos de derecho de su decisión.» La Constitución de Suecia de 1994 afirma: «1. Si una autoridad pública distinta de un tribunal hubiese privado a un ciudadano de su libertad por haber cometido un delito o ser sospechoso de ello, podrá éste someter la cuestión a un tribunal sin retraso indebido. Tal norma no se aplicará cuando se trate de transferir a Suecia la ejecución de sanciones penales privativas de libertad que hayan sido impuestas en otro Estado. 2. Si por alguna razón distinta a la indicada en el párrafo anterior, hubiese sido objeto un ciudadano de una medida coactiva de privación de libertad, podrá igualmente someter la cuestión a un tribunal sin retraso indebido. En tal caso, se asimilará al examen de un tribunal, el realizado por un comité cuya composición esté regulada por la ley y cuyo presidente sea o haya sido juez titular».

10. El art. 24.2 de la Constitución española de 1978 indica que «Asimismo, todos tienen derecho [...] a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías [...]».

11. La Constitución de Finlandia de 1999, en su art. 21, sobre seguridad jurídica, afirma: «1. Todas las personas tienen derecho a que sus asuntos sean considerados, apropiadamente y sin dilaciones infundadas, por los tribunales competentes o por otras autoridades con arreglo a la Ley, así como derecho a que las decisiones sobre sus derechos y deberes sean sometidas a un tribunal o a otro órgano judicial independiente».

12. En el ámbito penal, el art. 14.2 de la Constitución de Guatemala de 1993 afirma que «El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho a conocer personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata». Igualmente, el art. 34 de la Constitución de Nicaragua de 1987 dice que «Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: 1. [...]. 2. A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley [...]».



Precisamente respecto a la tutela judicial, me gustaría terminar este primer apartado advirtiendo que, al menos teóricamente, se puede distinguir lo que son las dilaciones indebidas de la tutela judicial. Así, el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC), en una de sus primeras sentencias, decía que una decisión judicial correcta pero tardíamente adoptada vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, mientras que una decisión incorrecta, pero prontamente adoptada vulnera el derecho a la tutela judicial (STC 26/1983, 13 de abril, FJ 3)<sup>13</sup>. Es decir, que podemos distinguir claramente, según los elementos perturbadores que aparecen en un proceso, si el proceso es justo o es injusto, por un lado, o, diferenciaremos los que se producen en tiempo de los que se producen tarde, por otro. De forma que podemos llegar a diferenciar conceptualmente las dilaciones indebidas de la tutela judicial efectiva según cuál sea la incidencia. Son, pues, dos derechos autónomos, aunque relacionados.

No obstante, la fuerza de las cosas es muy tozuda y nos indica que no es muy normal que las sentencias se dicten en tiempo, sean o no justas. Generalmente las sentencias llegan tarde, en cualquier caso más tarde que los plazos legales establecidos, extremadamente breves en muchos casos. De este modo, como lo normal, aunque no sea deseable, es que las resoluciones lleguen tarde, la diferencia esencial estriba en si es justa o no, si es correcta o no, por lo que normalmente determinaremos si se ha vulnerado la tutela judicial, además de examinar, casi siempre, si han coincidido además unas dilaciones injustificadas.

El caso contrario no es el usual, de acuerdo con la experiencia, de modo que la lesión exclusiva de la tutela judicial sin demora alguna será excepcional (aunque, como veremos más adelante, la constatación de una demora no se entenderá forzosamente como dilación indebida). En todo caso, la deseable rápida tramitación de un proceso no debe ir en menoscabo de las garantías de defensa de las partes. Lo segundo debe acometerse evitando las maniobras meramente dilatorias, que no amparan el derecho

---

13. Igualmente en la misma sentencia, FJ 2, se afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un «concepto genérico dentro del cual haya de entenderse insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas, que la Constitución garantiza en el apartado 2 del mismo art. 24. Desde un punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones».

constitucional a la tutela judicial<sup>14</sup>. Por ello, será inevitable que haya un cierto equilibrio entre la celeridad exigible, para que no se produzcan dilaciones, y la tutela judicial efectiva, para evitar indefensiones. En cualquier caso, la celeridad no debe impedir que se practiquen todas las diligencias necesarias que puedan arrojar luz sobre el asunto<sup>15</sup>. De modo que existe una cierta conexión instrumental entre los dos derechos, el de tutela judicial y el de que se dicte sentencia en un plazo razonable (STC 160/2004, de 4 de octubre, FJ 2), pero se trata de derechos autónomos con un objeto y una finalidad distintos.

### 3. LA NOCIÓN DE LAS DILACIONES INDEBIDAS

#### 3.1. *Naturaleza jurídica y perspectivas*

a) *La dimensión positiva y la negativa.* Hasta el momento se han apuntado algunas cuestiones que es preciso abordar para intentar comprender en su amplitud el concepto de las dilaciones indebidas. Se ha visto cómo es posible plantear este concepto desde una dimensión que podríamos calificar de positiva, es decir, cuando se reflexiona sobre el derecho a obtener una resolución en un plazo razonable; pero también el concepto puede expresarse en su vertiente negativa, esto es, a través de la prohibición de unas dilaciones indebidas. Estas dos ópticas no son, en realidad, perfectamente sinónimas, aunque la jurisprudencia utiliza estas manifestaciones como equivalentes. En principio, lo razonable y lo indebido no discurren de forma contrapuesta por el mismo plano. Si se entiende que el plazo razonable es el legal, las sentencias deben producirse dentro del plazo determinado legalmente, ya que el legislador ha tenido en cuenta, en la elaboración de la ley procesal, cuál es el tiempo necesario o razonable para dictar una resolución. De esta manera, cuando no se cumpliera ese plazo legal estaríamos indefectiblemente dentro de las dilaciones, pero este silogismo se trunca en la doctrina jurisprudencial, porque generalmente el tiempo normal de emanación de las resoluciones excede del plazo legal, de modo que el término razonable supone un plazo superior al legal, de

---

14. En este sentido, como decía el Tribunal Constitucional, el derecho de defensa no puede verse reducido por «la laudable finalidad de cortar excesivas dilaciones en el proceso» (STC 18/1983, de 14 de marzo, FJ 3).

15. STEDH de 3 de junio de 1985, asunto Vallon.

acuerdo con una constante y reiterada jurisprudencia<sup>16</sup>. El dato legal objetivo no es dato suficiente para determinar que se ha producido una dilación, por lo que se deberán apuntar otros criterios que ayuden a delimitar el concepto de lo razonable, que se tratarán más adelante.

De este modo, se admite la superación del plazo legal sin causar dilaciones indebidas, al menos se admite en el ámbito jurisprudencial y sobre todo por quienes desde los órganos jurisdiccionales han actuado para proteger este derecho<sup>17</sup>. En cambio, por lo general, los autores son mucho más reticentes a la aceptación de que el plazo legal sea «irrazonable», es decir, que haya siempre un plazo razonable que supere el plazo legal. Sin embargo, en este artículo, basado en los criterios jurisprudenciales, tomaremos el plazo razonable como aquél en el que no se producen dilaciones indebidas, o sea, que la dimensión positiva o negativa son manifestaciones de un mismo derecho.

b) *La conceptualización como derecho fundamental o como garantía procesal.* Otra cuestión, dentro del estudio de la naturaleza de las dilaciones indebidas, que es necesario apuntar, es la presentación de la prohibición de las dilaciones indebidas, bien como derecho fundamental, bien como garantía del proceso. Hasta el momento, nos hemos referido a su prohibición como un derecho exigible, puesto que la tradición jurídica española la concibe como derecho fundamental. También desde el punto de vista internacional se prescribe como derecho, pero en muchos países aparece simplemente como una exigencia del proceso, que eventualmente pueden reclamar las partes en distintos procesos judiciales (lo que se ha extendido también a procesos de carácter administrativo<sup>18</sup>). La diferencia esencial es, como antes, de perspectiva de análisis y puede incidir en la garantía de su ejercicio, por lo que puede derivar en una diversa exigencia por parte de los particulares

---

16. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas nada tiene que ver con un pretendido derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales», afirma el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 43/1999, de 22 de marzo, FJ 3, corroborando lo que dijo anteriormente, por ejemplo, en la Sentencia 140/1998, de 29 de junio, en la que indica que dicho derecho «no consiste en la exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean dictadas dentro del plazo procesal legalmente fijado», sino que lo fueran «en plazo razonable» (STC 36/1984, de 14 de marzo).

17. El Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 32/1999, de 8 de marzo, FJ 3, entiende que el derecho reconocido en el art. 24.2 CE no se limita a su aspecto negativo –la proscripción de las dilaciones indebidas– sino que también se refiere al sentido positivo –decisión en plazo razonable–, ya que son dimensiones complementarias de la noción de un mismo derecho fundamental.

18. Existe también un deber de diligencia que pesa sobre la Administración, que no debe dilatar indebidamente el proceso en el orden contencioso (STC 246/1988, de 19 de diciembre).

ante los órganos judiciales. En el primer caso, su recepción como derecho, se subraya el elemento subjetivo, lo que implica la exigibilidad del derecho ante los tribunales, mientras que, por el contrario, como garantía procesal prima el elemento objetivo, de forma que se contempla más bien como un principio dirigido a los poderes públicos y, en particular, a los órganos judiciales que imparten justicia.

En el mismo sentido, se puede destacar una faceta reaccional o prestacional del concepto. En la primera se prevé que el proceso acabe de forma inmediata una vez denunciada la dilación o demora por los particulares; mientras que la faceta prestacional parte de la vinculación de todos los poderes públicos para que adopten las medidas y provean de los recursos humanos y materiales, de manera que no se den las sentencias fuera del plazo considerado razonable.

Sin embargo, esta doble dicotomía teórica entre derecho y garantía o entre una faceta reaccional o prestacional no tiene porqué implicar necesariamente una menor protección, ni tampoco la preservación del derecho excluye otras garantías procesales, por lo que pueden presentarse de forma complementaria en los distintos ordenamientos jurídicos. En algunos casos pueden incluso llegar a suponer una cierta gradación en la que se distinguen la resolución de las meras irregularidades temporales de las verdaderamente lesiones del derecho fundamental a recibir una resolución judicial dentro de un plazo razonable, sin entrar tampoco en valorar las diferentes garantías que ofrece un derecho fundamental o un derecho subjetivo, ni una posición jurídica subjetiva (un derecho) o una exigencia procesal (una garantía).

### 3.2. *El concepto de dilaciones indebidas*

a) *Sobre las dilaciones o retrasos.* El concepto de dilaciones indebidas ha sido definido como un concepto jurídico indeterminado. Esta afirmación crea una cierta inquietud, puesto que va a ser complejo definir lo que de por sí, por definición, es indeterminado. Sin embargo, este primer escollo se supera fácilmente porque, una vez admitido el punto de partida, su indeterminación conceptual, debe añadirse de inmediato que, si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, es también, a la vez, determinable, siempre que se tenga a la vista el caso concreto y se disponga de criterios interpretativos asentados para su valoración. Por tanto, a partir de los casos litigiosos y de la casuística procesal, se pueden ir construyendo unos criterios que ayuden a determinar cuándo se producen las dilaciones indebidas.

Además, debe advertirse que dentro de las dilaciones indebidas se distinguen, como hemos venido indicando, por un lado, lo que son cuestiones de mera irregularidad de las cuestiones que producen una lesión de mayor relevancia, por otro. Esta lesión viene causada por un retraso y demuestra objetivamente el funcionamiento anormal de la justicia, pero tampoco tendrá siempre la consideración jurídica de dilación indebida<sup>19</sup> en sentido técnico. En estos casos de mal funcionamiento será necesario dar una indemnización a los perjudicados, pero esa lesión no se considera siempre como constitucionalmente relevante. Para que dicha lesión se entienda como lesión constitucionalmente relevante debe haberse vulnerado un derecho fundamental, lo que ocurrirá cuando se hayan cumplido los criterios que jurisprudencialmente se han propuesto y adoptado sobre esta cuestión.

b) *Sobre el carácter indebido.* Respecto al calificativo de «indebidas», las dilaciones no deben entenderse como no obligatorias, sino que operan en un plano distinto, como es el de la antijuridicidad, esto es, las dilaciones se han de entender como injustificadas<sup>20</sup>, en un sentido amplio, en un registro del lenguaje no técnico, abandonando otro sentido más jurídico, que nos conduciría directamente a la mera ilegalidad. No se trata de dilaciones ilegales o prohibidas, sino de demoras injustificadas, que no disponen de una justificación adecuada o proporcionada al caso concreto<sup>21</sup>.

c) *Las notas características del concepto.* A partir de lo que se ha dicho *ut supra*, las notas que caracterizan el concepto de dilaciones indebidas son el relativismo (dada su consideración como concepto jurídico indeterminado), el casuismo (sobre la base que el concepto se construye a partir de cada caso concreto enjuiciado), su intensidad (las dilaciones sólo se producen como tales cuando la escala de intensidad alcanza el máximo nivel, cuando

---

19. Vid. STC 5/1985, de 23 de enero, FJ 9, y GUZMÁN FLUJA, VICENTE C., *op. cit.*, *El funcionamiento anormal...*, p. 205-210.

20. Vid. FERNÁNDEZ-VIAGAS, P., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994, p. 78.

21. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sopesado la existencia de anomalías en el proceso para estimar la existencia de una vulneración del derecho a un proceso equitativo, cuya causa sea oída en un plazo razonable (STEDH de 12 de junio de 2001, asunto Trickovic). En este sentido ha primado la correcta Administración de Justicia en un caso concreto, más que la celeridad en sí misma considerada, de acuerdo con D. Sarmiento y otros, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thomson - Civitas, 2007, p. 55. El Tribunal recuerda en su constante jurisprudencia que las dilaciones indebidas se relacionan con la «buena Administración de Justicia» (por todas, STEDH de 19 de diciembre de 2006, asunto Klemeco Nord Ab, párrafo 39).

se vulnera un derecho fundamental, no cuando se trata de una mera irregularidad, ni de un mal funcionamiento que debe ser indemnizado) y la antijuridicidad (consistente en el carácter indebido). Estas serían las cuatro notas principales que acompañan este concepto.

### 3.3. *Las causas*

A continuación, se dedicará la atención a las causas de la dilación, lo que ayudará a determinar si ésta es justificada o no, lo que conducirá, en caso negativo, cuando se considere como injustificada, al reconocimiento del derecho. No obstante, la doctrina se ha interesado también por las causas de la dilación para categorizar los tipos de dilaciones indebidas existentes lo que tendrá relación con la solución más adecuada para reparar el derecho vulnerado.

Desde el punto de vista doctrinal<sup>22</sup> se distinguen aquellas dilaciones que se originan por omisiones judiciales de aquellas otras que provienen de meros retrasos. A las primeras se las denomina persistentes, y son causadas, normalmente, por una inactividad, un silencio, o una demora del responsable judicial, siempre que no se haya resuelto todavía el proceso judicial en curso. En cambio, a aquellas otras dilaciones en las que el retraso ha concluido se las denomina dilaciones consumadas. En este caso se ha producido un retraso y como no se puede volver atrás en el tiempo, dicho retraso no se puede reparar en *natura*, porque ya ha acontecido, y deben buscarse otras soluciones.

Dentro de las omisiones judiciales, no obstante, se distinguen aquellas que son omisiones propias de aquellas otras a las que se les denomina impropias, en el sentido de que en las primeras concurre realmente un no hacer, se trata de una inactividad, mientras que la omisión impropia puede provenir de lo contrario, puede ser originada por un quehacer intenso, en el que se realicen múltiples actividades judiciales, pero todas ellas equivocadas, todas inadecuadas para el asunto que se está resolviendo, de modo que toda esa gran actividad produce un retraso injustificable respecto del caso que se está resolviendo.

Sobre esta cuestión podemos dar algunos ejemplos, sólo para ilustrar estas dilaciones persistentes, propias (a) o impropias (b), o dilaciones consumadas (c), tratadas por el Tribunal Constitucional español.

---

22. Vid. RODÉS MATEU, A., «Consideracions constitucionals sobre el dret a un procés sense dilacions indegudes», *Revista catalana de dret públic*, n.º 33, 2006, p. 446-448.

a) Concretamente, como omisión propia se puede acudir a la STC 203/1990, de 13 de diciembre, en la que se valoró una inactividad judicial de un juez ordinario. En un juicio de faltas a resultas de un accidente de circulación no se hizo nada durante más de dos años. Estos años de parálisis fueron los que mediaron entre que se emplazaron las partes en un proceso y se efectuó un nuevo examen médico, pedido en el mismo acto de emplazamiento. Dos años para que se realizara ese examen médico solicitado es, a todas luces, excesivo. Se trata de una omisión propia, porque no hubo prácticamente nada que hacer durante ese largo tiempo, sólo convocar, y el asunto no revestía de especiales dificultades, según el parecer del Tribunal Constitucional.

b) La omisión impropia se produce cuando la actividad judicial es inidónea, sin sentido alguno. Por ejemplo, en la STC 119/1983, de 14 de diciembre, con relación a un desahucio de fincas rústicas, el Tribunal Constitucional español examina el comportamiento de un juez que propuso un intento de avenencia arbitral, de acuerdo con la legislación de arrendamientos rústicos, pero resultaba que en la localidad, en el ámbito territorial donde se intentó hacer esta avenencia arbitral, no existía todavía constituida ninguna junta arbitral con lo que se levantó un nuevo obstáculo a la decisión sobre el fondo y transcurrieron meses y meses sin que se produjera absolutamente nada porque no existía el órgano que debía hacer de árbitro en esta situación, lo que valió la apreciación de dilaciones indebidas por parte del Tribunal.

También dentro de estas omisiones impropias, de esta actividad inadecuada, podemos citar otro caso, que fue muy famoso en España, relacionado con la presa de Tous, un embalse que se colapsó y afectó a unas 35.000 personas. Naturalmente un proceso con 34.691 damnificados es lo suficientemente complejo para que se tardara un tiempo más allá de lo establecido legalmente. Pero resultó, y por esta razón se aporta como ejemplo de actividad inadecuada, que se dictó una citación en la que se decía: «por correo con acuse de recibo a todos los damnificados incluidos en las nuevas listas [...] para que comparezcan a un ritmo suficiente de hasta 50 diarios en los juzgados de sus respectivos domicilios». Realmente 50 emplazados cada día no es un mal número, sino que, por el contrario, debe considerarse un buen ritmo procesal, pero si tenemos en cuenta que se trataba de casi 35.000 personas, esta medida implica unos 700 días laborables, lo que representa más de dos años, que se añadirían a los doce que ya duraba el proceso. Todo ello sin tener en cuenta que, además, dentro de esas citaciones, puede necesitarse más tiempo para nuevas personaciones, para solicitar diligencias, para

aportar nuevas pruebas... De modo que la medida tomada era totalmente inidónea para que no se produjeran dilaciones indebidas<sup>23</sup>.

c) Como dilación consumada se puede citar la STC 184/1999, de 11 de octubre, en la que el juez *a quo* dictó sentencia rápidamente, una vez presentado el amparo, pero después de una significativa demora. Se trataba de un procedimiento conocido como declarativo de menor cuantía. Los recurrentes pidieron la apertura de la fase probatoria, casi un año más tarde recordaron la petición con invocación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y manifestando los perjuicios que se les estaban ocasionando (era una queja más, una de las cuatro que se realizaron en quince meses). Recibieron respuesta pero no se activó la fase probatoria por lo que acudieron al Tribunal Constitucional un mes más tarde. En seis meses la jueza abrió el período de prueba y tras poco más de cuatro meses dictó sentencia. El plazo procesal era de tres días pero se tardaron casi dos años, lo que resulta, a juicio del Tribunal Constitucional, «lisa y llanamente inaceptable, sin que esa tardanza, fuera o no explicable, deba ser soportada por el ciudadano, cuyo derecho a un proceso sin dilaciones indebidas resulta así vulnerado» (FJ 2). Y añade: «No obsta a tal conclusión que poco después de la presentación de la demanda de amparo se dictaran una providencia y un auto resolviendo sobre lo pedido y aún la misma definitiva sentencia, pues tal intempestiva activación no volatiliza la realidad histórica del retraso ya consumado y, por ello, no sana la también consumada lesión del derecho fundamental agredido» (FJ 3).

### 3.4. El ámbito procesal

Respecto al tipo de procesos judiciales en los que se puede pedir el restablecimiento del derecho en las dilaciones indebidas, actualmente se entiende que puede solicitarse en cualquier tipo de proceso, sea de derecho penal, laboral, civil..., incluso más allá de los procesos judiciales, como en procedimientos administrativos. De todas formas, donde se ha desarrollado más es en el ámbito penal, que es el ámbito originario, dada la importancia

---

23. El Tribunal Constitucional entendió que la medida que disponía la reapertura de la instrucción era dilatoria y no encontró que tuviera justificación alguna, ni en la protección del derecho de los ofendidos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (FJ 5) ni, desde luego, en el mero cumplimiento de las normas procesales de comunicación a los ofendidos de la apertura del procedimiento penal y de sus derechos de personación en él (FJ 6), por lo que otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas y mandando, entre otras medidas, la inmediata celebración del juicio oral.



para la persona que sufre esas dilaciones indebidas al estar sujeta a un régimen en el que no dispone de libertad de movimientos<sup>24</sup>. Incluso se aprecia, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una cierta gradación en la protección que se dispensa según el tipo de asunto, de manera que se distinguen distintos grupos de materias según el grado de diligencia exigible a las autoridades competentes, encontrándose entre las prioritarias la materia penal, el estado y la capacidad de las personas, la materia laboral y de seguridad social, que se distinguen del resto de los ámbitos procesales<sup>25</sup>. La relación de los asuntos con la libertad, la capacidad de obrar, el sustento o la necesidad son consideradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como de mayor relevancia, razón por la cual se les debe prestar una mayor atención.

Un caso especial al que deberíamos hacer referencia es el ámbito constitucional<sup>26</sup>. Inicialmente, al menos por lo que afecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta los años 80, no se admitía que las dilaciones indebidas se refiriesen a los tribunales constitucionales. La postura del Tribunal era reacia a su admisión. Primero, porque la justicia constitucional era precisamente la institución llamada a tutelar que esas dilaciones indebidas no se produjesen; y segundo, porque los casos que se suscitaban ante las autoridades constitucionales eran casos de mayor complejidad, de mayor abstracción y de mayor repercusión que los ordinarios y, por ello, se entendía que no afectaban al caso concreto, que era al que se referían prioritariamente las dilaciones indebidas<sup>27</sup>. Esto, no obstante, cambió y, a partir de 1986, en el asunto Deumeland (STEDH de 29 de mayo de 1986), se entendió que la resolución del tribunal constitucional

---

24. El Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 10/1997, de 14 de enero, después de recordar que el derecho constitucional a la ausencia de dilaciones indebidas es invocable en todo tipo de procesos y ante cualquier clase de tribunales, hace especial mención a los procesos penales en los que «el celo del juzgador ha de ser siempre mayor a la hora de erradicar las dilaciones indebidas» porque está comprometido el derecho a la libertad (FJ 2).

25. Por temas, STEDH de 26 de mayo de 1993, asunto Bunkote, en el ámbito penal; STEDH de 27 de febrero de 1992, asunto Ridi, respecto a la capacidad de las personas; STEDH de 26 de febrero de 1993, asunto Trevisan, en seguridad social. El tipo de proceso tendrá especial incidencia en el cómputo de los plazos, de este modo, por ejemplo, en el ámbito civil, *Vid.* la STEDH de 8 de marzo de 2001 (párrafo 26), asunto Pinto de Oliveira.

26. *Vid.* COBREROS MENDAZONA, EDUARDO, «La violación del “plazo razonable” por la Jurisdicción constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16/2001.

27. En la sentencia del TEDH de 6 de mayo de 1981, asunto Buchhloz, se negaría la inclusión del período de tiempo que un proceso judicial de orden laboral se desarrolló ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, que, dicho sea de paso, sólo utilizó cuatro meses de un total de más de cinco años.

afectaba también directamente al derecho y, por tanto, afectaba a las dilaciones indebidas o a la irrazonabilidad del plazo en que se resolvían las cuestiones<sup>28</sup>. En 1996, en el asunto Süsmann (STEDH de 16 de septiembre de 1996), se examinó un asunto ante el Tribunal Constitucional Federal alemán en un supuesto en el que la dilación se producía exclusivamente en el proceso constitucional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende la singularidad de la jurisdicción constitucional de manera que, en estos casos, deben tenerse en cuenta otros elementos distintos al simple orden de registro de entrada de los asuntos, como la naturaleza del asunto y su importancia en el plano político y social<sup>29</sup>. Luego ya ha habido muchos más casos, por ejemplo el asunto Klein (STEDH de 27 de julio de 2000), en el que la sentencia condenatoria fue unánime al considerar el caso como inaceptable<sup>30</sup>.

España también ha sido condenada diversas veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hubo un supuesto particularmente conocido que es el asunto Ruiz Mateos, Sentencia en la que el Tribunal Europeo condenó a España, el 23 de junio de 1993, por la tardanza en resolver dos cuestiones de constitucionalidad, es decir, cuando el órgano judicial ordinario pregunta al juez constitucional sobre la compatibilidad de la ley, que debe aplicar al caso concreto, con la Constitución. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estudió la interrupción del plazo judicial, tanto en la primera instancia como luego en apelación, en la que se pedía al Tribunal Constitucional español que resolviera si la ley aplicable al caso era compatible con la Constitución o no. El Tribunal Constitucional tardó 26 meses en la primera incidencia y 18 meses en la segunda, cuando las cuestiones a tratar prácticamente eran idénticas. Por ello, el Tribunal

---

28. Esta afirmación se hacía en el plano teórico porque el tribunal constitucional correspondiente tardó poco más de un mes, de un total de más de diez años y siete meses, en tomar en consideración el recurso planteado.

29. En este proceso el TEDH insistió en que no ignoraba la especificidad de los tribunales constitucionales «cuya misión es vigilar el respeto a la Constitución por parte de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y que, en los Estados que han instaurado el derecho de recurso individual, garantiza a los ciudadanos una protección jurídica suplementaria en el nivel nacional de sus derechos fundamentales garantizados por la Constitución» (STEDH de 16 de septiembre de 1996, asunto Süsmann, párrafo 37), pero al mismo tiempo reiteró su criterio sobre la influencia del proceso ante el Tribunal Constitucional en el desenlace del litigio original. Finalmente, no se condenó a pesar de que la duración del proceso constitucional fue de tres años y casi cinco meses, porque se consideró que el impacto de la sentencia iba más allá del recurso individual planteado.

30. Se trataba de un pleito civil que duró más de nueve años, de los que más de ocho se consumieron en procesos ante la jurisdicción constitucional.

européo condenó a España<sup>31</sup> y, ante el argumento del Gobierno español de que el Tribunal Constitucional se trataba de un tribunal de carácter político y que no era un tribunal de carácter judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que ya había tenido en cuenta muchas veces que las dilaciones indebidas podían afectar a cualquier fase del proceso incluso en las etapas de carácter administrativo y no judiciales, por lo que cabía enjuiciar la actuación del Tribunal Constitucional español.

En otras ocasiones, se reconocen también casos de dilaciones indebidas en procesos ante el Tribunal Constitucional, aunque no se trate de juicios abstractos, como el antes mencionado (producto de dos cuestiones de inconstitucionalidad), sino que se suscitan en recursos de amparo, de defensa individual de los derechos fundamentales. Por ejemplo, el asunto Díaz Aparicio, STEDH de 11 de octubre 2001, en el que se condena a España por un recurso de amparo que duró unos tres años. En otro caso posterior, el asunto Soto, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, también muy conocido como caso «Nécora», porque aludía a un famoso asunto policial de narcotráfico, se condenó a España porque el recurso de amparo duró cinco años, cinco meses y dieciocho días.

Es notorio que, a medida que se avanza en el tiempo y los años se suceden, también las dilaciones indebidas han ido creciendo, porque el colapso en el Tribunal Constitucional no sólo no se resuelve o se detiene, sino que va en aumento. En el año 2003 cinco años era una cuestión todavía excepcional, pero si nos fijamos en las estadísticas del año siguiente la mayoría de procesos que han sido resueltos por el Tribunal Constitucional español, en relación con recursos de amparo, tienen un promedio de cinco años<sup>32</sup>, los que fueron objeto de condena en este caso. Cabe citar al respecto la modificación legislativa iniciada en el mes de noviembre de 2005 cuando se presentó una iniciativa de modificación de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que se encuentra en la actualidad en tramitación en el

---

31. En este caso se daba por supuesto que el TEDH podía examinar las dilaciones producidas por el Tribunal Constitucional español basándose en su reiterada doctrina según la cual el tiempo empleado ante la jurisdicción constitucional estatal entra en consideración para calcular el período a examinar, cuando su resultado puede influir en la resolución del litigio (STEDH de 23 de junio de 1993, asunto Ruiz Mateos, párrafo 35), tema que en una cuestión de constitucionalidad es evidente.

32. La mayoría de recursos presentados ante el Tribunal Constitucional son recursos de amparo, pero sólo poco menos del dos por ciento, desde 2001, son estimados.

Senado<sup>33</sup>, y que, entre otras cuestiones, establece una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, a pesar de la cual no nos cabe duda que no será una medida suficiente para resolver el cúmulo de atrasos.

### 3.5. *Los sujetos*

Respecto de los sujetos intervinientes, desde el punto de vista de la legitimación activa, los afectados por las dilaciones indebidas pueden ser tanto las personas físicas (ciudadanos o extranjeros) como jurídicas, tanto personas jurídicas privadas como entes públicos. Naturalmente éstos últimos no recibirán una indemnización por las dilaciones indebidas, pero sí que debe ser inmediatamente resuelto un caso que les afecte, como ante cualquier otra persona. Cuando los afectados son personas jurídicas, las dilaciones indebidas afectan a más de una persona individual, de manera que la repercusión social es mayor. Incluso cuando se trata de personas jurídico-públicas se incide sobre la ciudadanía, a toda una población, local o estatal, por lo que no deben desprotegerse las instituciones públicas, sino que deben ser tratadas igualmente con celeridad por los órganos judiciales.

Con relación a la legitimación pasiva, los responsables de que no se produzcan las dilaciones indebidas normalmente serán los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de cualquier orden, aunque, como hemos visto, también pueden ser objeto de control los tribunales constitucionales, que pasan en este supuesto de «revisadores» a «supervisados» y también, por supuesto, la Administración<sup>34</sup>.

---

33. El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en su reunión del día 15 de marzo de 2007 y publicada en el BOCG n.º 60-13, de 21 de marzo de 2007.

34. Por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo condenó a España, entre otras razones, porque la Administración proporcionó el expediente litigioso completo cuatro años y seis meses después de la primera petición en el caso Alberto Sánchez, STEDH de 16 de noviembre de 2004.

#### 4. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS DILACIONES INDEBIDAS

A continuación se analiza el cuadro de condiciones que deben valorarse para resolver si, en un caso concreto, se han producido o no dilaciones indebidas, de acuerdo con la construcción elaborada por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa al cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de estos criterios se puede llegar a deducir en qué consiste y cuándo se supera el plazo razonable de resolución de un litigio desde el punto de vista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina ha trascendido también a todo tipo de tribunales europeos, con lo que se ha ido conformando jurisprudencialmente una noción casuística de plazo razonable y, de su contrario, de dilaciones indebidas.

En una sentencia, ciertamente antigua, de 27 de junio de 1968, el asunto Neumeister (y también Wemhoff de la misma fecha), se enunciaron los siete criterios que tenía en cuenta la Comisión Europea de Derechos Humanos, y que ésta proponía al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual efectivamente los tomó en consideración con relación a supuestos, del ámbito penal (y que también adaptaría a todo tipo de procesos litigiosos).

Estos siete criterios eran: a) la efectiva duración de la detención, que es objeto de un cálculo específico para cada tipo de proceso y, en cierto modo, de asunto; b) la duración de la prisión preventiva en relación con la naturaleza de la infracción, por lo que se tiene en cuenta el grado de la pena señalada y qué deba preverse para el supuesto de condena, así como el sistema legal de abono de la prisión en el cumplimiento de la pena que, en su caso, se imponga; c) los efectos materiales, morales y de otra naturaleza que la detención produce en el detenido, en cuanto sobrepasan las normales consecuencias de la misma; d) la conducta del imputado, es decir, si éste ha contribuido a retrasar o activar la instrucción o los debates, como consecuencia de la presentación de peticiones de libertad provisional, de apelaciones o de otros recursos, si ha pedido su libertad mediante fianza o ha ofrecido otras garantías para asegurar su comparecencia en juicio, entre otras cuestiones; e) las dificultades de la instrucción del caso, que pueden provenir de la complejidad de los hechos o del gran número de testigos e inculpados, o aun de la necesidad de practicar pruebas en el extranjero, entre otras circunstancias del caso que afectan su celeridad; f) la forma en que se ha tramitado la instrucción, teniendo en cuenta el sistema que rige y la dirección de la instrucción por las autoridades competentes; y g) la adecuación de las autoridades judiciales en el examen de las peticiones de liberación y en el juicio del caso.

Los siete criterios pueden reducirse a unos cinco para todo tipo de procesos, es decir, si eliminamos los directamente relativos a la prisión preventiva o a la detención, podemos seleccionar y adaptar aquellos criterios que sirven para todo tipo de asuntos<sup>35</sup>. Y de entre estos criterios generales debemos destacar en primer lugar la duración del proceso (1), es decir, el dato objetivo, cuánto tiempo ha transcurrido; pero también la complejidad del litigio (2); el comportamiento del demandante (3); el comportamiento de las autoridades (4); y también, en ocasiones, el Tribunal Europeo tiene en cuenta el daño que se produce al demandante o a las personas de no subsanarse la demora, esto es, el perjuicio que soportan las partes del proceso por las consecuencias de la tardanza (5).

Respecto a estos cinco criterios se ofrecerán seguidamente algunos ejemplos y se pondrá de relieve posteriormente cómo el Tribunal Constitucional español ha intentado matizar dichos criterios, aportando un sexto criterio que ha sido objeto de enmienda por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### 4.1. *La duración razonable del proceso*

Una primera cuestión a dilucidar es el cómputo del tiempo que dura un proceso para poder examinar si ha sido o no excesivo y concluir, de acuerdo con esta valoración, la existencia de dilaciones indebidas. Se trata de concretar un dato objetivo, esto es, el tiempo transcurrido, para inmediatamente valorar si su transcurso ha discurrido dentro de unas pautas razonables y dentro de unos límites normales.

Para la medición del tiempo, sin entrar todavía en valorar la razonabilidad o no de la duración del proceso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos toma en consideración el tipo de proceso, distinguiendo entre los asuntos penales y los no penales.

Respecto a los primeros, el día inicial del cómputo, por regla general, será el del momento en el que se producen formalmente las primeras acusaciones oficiales (STEDH de 10 de diciembre 1982, asunto Foti, párrafo 52) o aquél que tenga repercusión en la situación personal de la persona interesada (STEDH de 27 febrero 1980, asunto Deweer). Por tanto, se parte de una fecha anterior a la del inicio del juicio. La finalidad perseguida por

---

35. GARCÍA PONS, E., *op. cit.*, *Responsabilidad del Estado...*, p. 132-167, distingue entre criterios preceptivos y los facultativos. Entre los primeros incluye solamente la complejidad del asunto y el comportamiento del recurrente y de las autoridades competentes.

el Tribunal de Estrasburgo es que se produzca una distorsión mínima en la vida de la persona arrestada o acusada, de manera que dure el mínimo tiempo necesario, evitando la excesiva duración del proceso, entendido éste en términos amplios. La fecha final del cómputo será la fecha de la última resolución, sea de condena o de absolución (STEDH de 25 de noviembre de 2003, asunto Schumacher, párrafo 28).

En los asuntos no penales, el día de inicio se corresponde generalmente con la presentación de la demanda que da comienzo al pleito<sup>36</sup> y termina con la notificación de la sentencia decisoria del litigio, por tanto se incluyen en el cómputo todos los recursos que inciden en el proceso, incluso los recursos extraordinarios (STEDH de 19 de junio de 2002, asunto Zwierzynsky) y también la fase de ejecución de la sentencia, entendida como prolongación natural del juicio principal (STEDH de 28 de julio de 1999, asunto Saffi).

El asunto Eckle, Sentencia de 15 de julio de 1982, se trataba de un proceso penal que duró diez años en primera instancia y diecisiete años en segunda instancia. Es un caso extremo que le valió el reproche de «exorbitante» por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No resulta aceptable en una sociedad democrática que una persona se encuentre angustiada e injustificadamente *sub iudice* durante tanto tiempo, sin saber qué sucederá con ella, lo que repercute en su defensa y en su integridad psíquica y física<sup>37</sup>. En estos casos, la posición supraestatal del Tribunal Europeo permite una perspectiva más «humana» y alejada de los excesivos formalismos que imperan en cada ordenamiento jurídico estatal, por lo que su doctrina es menos rígida respecto de los plazos aceptables, la fijación del inicio del cómputo es más amplia y su idea de razonabilidad es mucho más flexible. El Tribunal sobrevuela los asuntos sin encasillarse en los plazos y requisitos legales, que obedecen a unas determinadas tradiciones jurídicas estatales, y, por el contrario, atiende a criterios de razonabilidad más universales que

---

36. No obstante, cuando se trata de procesos contencioso-administrativos, con mayor frecuencia, el TEDH incluye el tiempo transcurrido en la vía administrativa previa, por cuanto esta es un requisito indispensable para acudir a los tribunales. *Vid.* la jurisprudencia europea a partir de la STEDH de 28 de junio de 1978, asunto König, párrafo 98.

37. Una situación así puede sumir a cualquiera en la desesperación «y una persona desesperada defiende su inocencia con una voluntad considerablemente disminuida» (voto particular de Zekia en el asunto Wemhoff). Igualmente en el voto particular al asunto Neumeister dijo «En una sociedad democrática, el hecho de mantener a un hombre durante más de veinte años en la incertidumbre, la inquietud y la angustia de lo que será de él, con los sufrimientos que le produce en la vida profesional y social, constituye, en mi opinión, una clara vulneración del artículo 6.1.»

desbordan el marco legal concreto y de esta forma también evita que los estados contratantes, a su arbitrio, subordinen la aplicación del Convenio a la voluntad soberana de aquéllos<sup>38</sup>.

#### 4.2. *La complejidad del litigio*

Este criterio expresa la idea de que no todos los procesos son iguales, que no todas las etapas litigiosas son idénticas, puesto que no todo procedimiento judicial discurre por el mismo número de instancias, ni en todos los procesos judiciales intervienen el mismo número de partes, ni el mismo número de testigos, ni otras complicaciones más o menos usuales o comunes, como son la dificultad de la actividad probatoria, que el proceso se alargue porque los testigos son de fuera del país y es más dificultosa su localización, o si se deben efectuar una serie de actividades judiciales en el extranjero, entre otras circunstancias que ralentizan el proceso, porque lo hacen fácticamente más laborioso y complejo y, en consecuencia, más largo. La complejidad puede ser debida también a las normas aplicables al caso, lo que hará preciso un estudio más profundo y detenido que, a su vez, implicará disponer de más tiempo para su resolución. Todas estas cuestiones, a causa de los hechos o del derecho, deben tenerse en cuenta para medir el tiempo de duración de los procesos.

Con relación a ello, disponemos de diversos ejemplos, el asunto de Neumeister, citado *ut supra*, en el que se enjuiciaba un delito económico que afectaba a distintos países con 22 personas procesadas; o el asunto Pretto y otros (STEDH 8 de diciembre de 1983), un asunto en el que se dilucidaba una complicada interpretación jurídica debida a cambios de legislación importantes; el asunto Milasi (STEDH de 25 de junio de 1987) en el que aparecía un número de acusados enorme, además de una situación política realmente compleja en la Italia de esos años; o por razón de materia (STEDH de 24 de junio de 1993, asunto Schuler-Zraggen, en el ámbito de la seguridad social).

En fin, existe una pluralidad de situaciones que afectan a la complejidad del proceso o del litigio y que el Tribunal valora en su decisión al considerar la superación del plazo razonable para dictar sentencia o concluir el proceso judicial.

---

38. Es lo que CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 118-119, denomina «conceptos autónomos» dentro de los principios y medios específicos de interpretación del TEDH.



### 4.3. *El comportamiento del demandante*

Otro criterio utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la conducta procesal del demandante (o en los asuntos penales, el comportamiento del procesado, aunque el examen de su diligencia no sea tan exigente). Se trata de dilucidar si el recurrente ha contribuido con su actitud a demorar el proceso. Debe examinarse este comportamiento del afectado con el fin de descontar los tiempos de retraso no imputables al Estado. Naturalmente no se debe tener en cuenta si el demandante utiliza los medios legítimos y adecuados para reclamar sus derechos y si realiza las actividades a que tiene derecho para defender su posición jurídica, sino que lo que es especialmente relevante, a nuestros efectos, consiste en determinar si dichas actividades o a través del ejercicio de derechos procesales se pretende intencionadamente una dilación del proceso, que puede convenir o que puede aprovechar al afectado que promueve luego la queja por dilaciones indebidas. En fin, lo que es importante para el Tribunal es si la utilización que se hace del derecho es, por así decirlo, torticera, y si se efectúa un abuso del mismo inundando el tribunal de incidentes. De este modo, debe estudiarse cuando el recurrente solicita aplazamientos injustificados de audiencias en el procedimiento, realiza frecuentes cambios de abogado, propone recusaciones sin motivo y reiteradas, no se presenta a lo que se le emplaza estando debidamente notificado o realiza otras iniciativas manifiestamente obstruccionistas. De este examen el Tribunal concluirá si dichos incisos pervierten el ejercicio legítimo del derecho de defensa y ocasionan voluntariamente una demora no imputable al responsable de la dirección del proceso, sino que dicho retraso es atribuible al demandante o procesado que lo ha provocado intencionadamente para demorar el juicio, en cuyo caso puede no apreciar las dilaciones como indebidas y considerar que no ha habido violación del Convenio<sup>39</sup>.

En el ámbito penal, el Tribunal Europeo no es tan exigente. A modo de ejemplo, podemos citar, por un lado, la STEDH de 30 de septiembre de 2003, asunto Beladina, párrafo 54, en la que el Tribunal no considera que sea exigible al interesado una cooperación activa, ni se le puede reprochar que agote todas las posibilidades que le ofrece el derecho estatal interno, sino que lo que le preocupa al Tribunal para enjuiciar si el comportamiento del inculcado ha sido determinante en la consecución de las dilaciones es si éste ha contribuido indebidamente a la duración global del procedimiento. Por otro lado, en la STEDH de 21 de diciembre

---

39. STEDH de 24 de septiembre de 2002, asunto Georgiades.

de 2000, asunto Jablonski, párrafo 104, entiende que el procesado con su acción, consistente en autolesionarse e iniciar una huelga de hambre, ha comportado un alargamiento del procedimiento, aunque a pesar de ello el Tribunal declara la violación del Convenio.

El Tribunal Constitucional español ha entendido que «es requisito necesario que, con carácter previo, se hayan denunciado las dilaciones ante el órgano judicial; exigencia que, [...], no es un mero requisito formal, sino que tiene como finalidad permitir a los órganos judiciales que puedan remediar las dilaciones», y además, «por esta razón, para que se entienda cumplido este requisito procesal no basta con denunciar las dilaciones ante el juez o Tribunal que las haya causado, sino que además es preciso otorgar a los órganos judiciales un plazo razonable para que puedan reparar la lesión del derecho fundamental ante ellos invocada» (STC 103/2000, FJ 3). El Tribunal Europeo no se ha pronunciado directamente sobre la cuestión pero parece inclinarse por una mayor implicación de las instituciones del Estado en el cumplimiento del Convenio, según lo observa, en un voto particular, el magistrado R. de Mendizábal, a la misma sentencia citada, en la que entiende que no se debe «echar sobre los hombros del litigante, so pretexto de protegerle, la carga de vigilar la tramitación y convertirle en inspector de los servicios judiciales»<sup>40</sup>.

#### 4.4. *El comportamiento de las autoridades*

Respecto al comportamiento de las autoridades, tiene interés para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si los actos judiciales realizados y, en general, si la actividad judicial desplegada es adecuada o no. Se retoma de nuevo el tema de la clasificación de las omisiones y el tipo de dilaciones, esto es, si el comportamiento de las autoridades judiciales en el juicio está plagado de paralizaciones atribuibles a las citadas autoridades o si éstas realizan bajo su responsabilidad un activismo intenso totalmente inidóneo para lo que debe resolverse<sup>41</sup>.

---

40. Vid. RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 164-165.

41. En relación con el alargamiento de un proceso a causa del comportamiento erróneo de los tribunales, se puede citar la STEDH de 30 de octubre de 1998, asunto Podbielski contra Polonia, en el que el tribunal regional no siguió las directrices obligatorias del Tribunal Supremo, párrafos 34 y 38, ocasionando unos retrasos que, en mayor parte, eran imputables a las autoridades judiciales.

En el caso de las paralizaciones judiciales normalmente se alega, por parte de los gobiernos de los países demandados, la excesiva carga de trabajo que tienen los jueces y la relevancia que éste tiene en los tiempos muertos. Esta justificación podría conducir, y así lo ha tipificado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a dos tipos de demoras, causadas bien por unos atascos temporales o bien por unos atascos estructurales. Los atascos temporales naturalmente son excepcionales, pero no es óbice para que el Estado deba actuar con rapidez y los jueces deban aplicar medidas especiales para atajar esa dilación imprevista y específica, lo que puede evitar la responsabilidad estatal (STEDH de 13 de julio de 1983, asunto Zimmermann y Steiner, párrafo 29). Un retraso originado por una causa singular puede ser producido por un exhorto tardío, por la demora en la ejecución de una sentencia concreta o por la realización o el cumplimiento de ciertas actividades procesales; así como una paralización del proceso puede deberse a un recurso incidental.

Ahora bien, normalmente lo que sucede es que se trata realmente de atascos estructurales<sup>42</sup> que no obedecen a una situación especial y excepcional sino a una situación común y cotidiana como las vacantes prolongadas, la falta de equipamiento o la de personal suficiente, que conduce a una acumulación de asuntos pendientes y a un trabajo excesivo para los que atienden y resuelven los recursos. Esta situación se produce en todos los órdenes, porque la litigiosidad ha aumentado de forma general en los últimos años por diversas causas de distinta índole que han producido un cierto colapso en la Administración de Justicia.

Sin embargo, no se debe ser complaciente con esta situación, ya que otras administraciones resuelven con mayores medios otros tipos de expedientes y se muestran ante la sociedad como administraciones ágiles y eficientes, lo que demuestra que el funcionamiento anormal y lento de la Administración de Justicia también puede obedecer a una falta de medios personales y materiales. Todos conocemos otro tipo de administraciones que actúan con mayor rapidez y celeridad, porque disponen también de mayores medios. Un ejemplo de ello es la Superintendencia Guatemalteca

---

42. Como ejemplo podemos aportar la Sentencia 85/1990, de 5 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional español apreció el derecho de amparo en un caso en el que, tras la celebración de la vista, trascurrieron más de doce meses sin que se dictara la sentencia. En este caso el Tribunal no exculpó la dilación indebida por defectos en la estructura organizativa judicial en una población donde ya había conocido numerosos recursos de amparo por la misma vulneración a causa de los constantes cambios de titular de los juzgados, en el caso de referencia tres cambios (FJ 3).

de Administración Tributaria, o, en España, la Agencia Tributaria que no tiene tantos problemas relacionados con las dilaciones indebidas sino que incluso parecería todo lo contrario. En todo caso es cierto que tienen muchos más medios que el Poder Judicial para asumir el gran número de asuntos que les llegan.

Con todo, los estados parte del Convenio europeo intentan, a menudo, justificar las dilaciones por determinadas circunstancias excepcionales e únicas de índole social o política, como la unificación de Alemania<sup>43</sup>, que no siempre han sido apreciadas por el Tribunal Europeo<sup>44</sup>.

Sobre el tema del activismo judicial inadecuado ya se ha dado algún ejemplo antes, pero vale la pena insistir. Al respecto, interesa recordar un párrafo del voto particular del magistrado Zekia (en el asunto Neumeister), en el que se da cuenta de esta situación y afirma: «Ciertamente es deseable, y la Administración de Justicia lo exige, que los tribunales se esfuercen en conocer la verdad y toda la verdad, pero el procedimiento que así lo intente suscitará en grado sumo problemas si se producen grandes retrasos, se deban o no al interés de la justicia. Sería preferible, llegado el caso, zanjar la cuestión resolviendo las dudas en favor del interesado». Es decir, que el afán de ser especialmente justos puede revolverse en contra de la justicia y provocar una injusticia por ser tardía.

En otro orden de cosas, el retraso puede producirse por causas ajenas al procedimiento judicial pero incidir en él, sin ser tampoco imputable directamente a las partes, como podría ocurrir, por ejemplo, cuando la alternación normal del proceso se produce con ocasión de una huelga de abogados u otras causas semejantes. En estos casos, la demora no puede imputarse al Estado, siempre y cuando éste haya hecho todo lo posible para minimizar las consecuencias de la huelga la duración (STEDH de 29 de enero de 2004, asunto Terzis).

---

43. STEDH de 25 de febrero de 2000, asunto Gast y Popp, párrafos 75-76. Igualmente, con anterioridad tuvo en cuenta otros hechos como los disturbios acontecidos en el sur de Italia en torno a los años 1970, STEDH 10 de diciembre de 1982, en el asunto Foti.

44. Por ejemplo, la STEDH de 25 de junio de 1987, asunto Milasi, párrafo 18, en la que no toma en consideración los mismos hechos estimados en el asunto Foti, mencionado *ut supra*, porque no justifican, a su parecer, un retraso de casi diez años; igualmente, *Vid.* la STEDH de 10 de julio de 1984, asunto Guincho, que valora la restauración de la democracia en Portugal; o la STEDH de 7 de julio de 1989, asunto Sanders, con relación a la restauración de la democracia en España; o la STEDH de 30 de octubre de 1998, asunto Podbielski, con relación al cambio de régimen y la transición política en Polonia.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone especial atención en la «obligación» que tienen las autoridades de explicar cuáles son las causas del retraso lo que le ayudará a valorar «la razonabilidad» de la mora, esto es, si hay o no una justificación aceptable<sup>45</sup>. De modo que el Estado no sólo debe actuar para resolver las deficiencias, sino que también debe informar de ellas para su justa evaluación por parte del Tribunal.

#### 4.5. *Las consecuencias de la tardanza para el interesado*

Otra cuestión que toma en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la valoración del incumplimiento de dictar sentencia en un plazo razonable son las eventuales consecuencias de la tardanza con relación a lo que arriesga el interesado, es decir, cómo puede ser de nocivo, en diversos campos como en lo personal, en lo familiar, en lo patrimonial o en lo moral, una determinada dilación para el afectado.

Así lo ha tenido en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas ocasiones y precisamente uno de los casos, yo diría, uno de los más emblemáticos fue un asunto de separación matrimonial, el asunto Bock, STEDH de 29 de marzo de 1989, en el que una mujer pretendía demostrar la incapacidad mental de su ex pareja. En este intento de demostrar esa circunstancia participó activamente el tribunal *a quo*, el cual, a lo largo de nueve años, sometió infructuosamente a ese ex marido a toda una serie de pruebas para ver si realmente sufría alguna enfermedad mental. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció una desproporción de medios que alargó exageradamente el proceso y que causó daños, por lo menos morales, a la persona que estaba bajo una suspendida espada de Damocles pendiente ante sí y los demás de su capacidad de obrar<sup>46</sup>. Sobre todo las autoridades judiciales han de tener especialmente en cuenta el cumplimiento o la razonabilidad de los plazos en una situación de privación de libertad de una persona imputada o procesada (STEDH de 9 de noviembre de 1999, asunto Debboub, párrafo 46) y, en menor medida, pero también con un mayor esmero, han de tratar las controversias en el ámbito laboral o en el

---

45. En este sentido el TEDH critica al Gobierno español que invoca la complejidad del fondo del proceso sin aportar ningún elemento concreto que justifique la duración del proceso y tampoco aporta ninguna información sobre los posibles actos llevados a cabo durante el período transcurrido (STEDH de 11 de octubre de 2001, asunto Díaz Aparicio).

46. Otro ejemplo claro y distinto es la STEDH de 30 de octubre de 1998, asunto Podbielski, párrafo 35, citado antes, en el que la dilación del proceso causó graves perjuicios económicos dada la inflación galopante existente en Polonia en la época del proceso.

de previsión social<sup>47</sup>, así como cuestiones relativas a derechos personales<sup>48</sup>, como se ha advertido al tratar el tipo de procesos en el que surgen las dilaciones indebidas. En estos casos la irreversibilidad o irreparabilidad del perjuicio que puede ocasionar la dilación es el criterio que debe tenerse prioritariamente en cuenta, así como su gravedad<sup>49</sup>.

#### 4.6. El estándar de duración medio

El Tribunal Constitucional español, como se ha apuntado *ut supra*, ha intentado matizar estos criterios y ha aportado una nueva justificación consistente en que se debe tener en cuenta la habitualidad de las deficiencias del servicio de la Administración de Justicia. De modo que especula sobre un relativo estándar de duración habitual de los procesos. Este estándar se calcula a partir de lo que se tarda en los juicios de forma media, en situación normal.

El Tribunal Constitucional español ha aducido este criterio adicional en distintos casos, sobre todo en los años 80, pero también en algunos más recientes. Sin embargo esta doctrina mayoritaria le costó primero un voto particular de Tomás y Valiente, en el cual este magistrado, de una forma clarividente, dijo que no podía valer la estimación de los estándares de actuación y rendimientos normales en el servicio de la justicia, «porque lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente, la frecuente tardanza excesiva del “servicio de justicia” no puede reputarse normal. Por otro lado, si continuase *in crescendo* el tiempo y la generalización del incumplimiento en “el rendimiento del servicio de justicia” y hubiese que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, que equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial el derecho fundamental» (voto discrepante a la STC 5/1985, 23 de

---

47. STEDH de 26 de febrero de 1993, asunto Salesi, en un tema de prestaciones asistenciales; o STEDH de 26 de febrero de 1992, asunto Nibbio, con relación a la percepción de una pensión.

48. Debe evitarse que un retraso en el procedimiento comporte que la cuestión litigiosa se decida por la vía de los hechos consumados, ya que el transcurso del tiempo puede provocar la consolidación de una situación injusta. Esto es especialmente grave en temas como los derechos de guarda y custodia de menores, como apreció el TEDH en la Sentencia de 8 de julio de 1987, asunto W. Y R. contra Reino Unido, párrafos 65 y 70, en un caso de controversia sobre los derechos de visita de los hijos.

49. STEDH de 31 de marzo de 1992, asunto X. contra Francia, párrafo 47.

enero). Este voto particular de Tomás y Valiente fue el que precisamente tomó en cuenta textualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para condenar a España en el asunto Sanders, que, a la sazón, era el que resolvía el caso indicado en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 5/1985 y que se resolvió, por el Tribunal de Estrasburgo, el 7 de julio de 1989, en la Sentencia sobre el asunto Unión Alimentaria Sanders S.A. contra España. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, condenó a España porque más de cuatro años y medio en un juicio de mayor cuantía constituyó un tiempo excesivo en el que no puede atenderse como justificación que dicho período de tiempo se ajustara a los estándares de actuación y a los rendimientos normales de la Administración de Justicia en este tipo de procesos<sup>50</sup>.

En otras sentencias posteriores el Tribunal Constitucional español ha estado más atento y, de alguna manera, ha intentado reconducir la situación y ha recordado que los jueces y tribunales deben cumplir con su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de su tutela. E incluso ha subrayado y añadido: «Ello debe predicarse aun cuando la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial, pues no es posible restringir el alcance y el contenido de ese derecho, dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática, con base en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece» (STC 10/1997, de 14 de enero, FJ 5). En fin, se trata, pues, de un intento por parte del Tribunal Constitucional de volver a los criterios estrictos del Tribunal Europeo y de que las dilaciones ocasionadas por defectos estructurales de la organización judicial no sirvan para excluir el derecho fundamental reconocido (STC 85/1990, de 5 de mayo, FJ 3).

---

50. La situación grave de los juzgados de primera instancia de Barcelona y, en particular, del que resolvió tardíamente el caso no justifica los casi dos años en dictar sentencia ni los otros casi dos más en remitir los autos de una sala a otra. Además, la creación de nuevas plazas no fue suficiente para subsanar el creciente aumento de casos, por lo que las medidas tomadas fueron incompletas y tardías, aligeraron sólo un poco los trabajos y no tuvieron incidencia alguna en la situación específica del Juzgado de Barcelona, de acuerdo con la Comisión (párrafos 39 y 41). El Tribunal también advierte que «la urgencia de un litigio aumenta con el tiempo; en consecuencia, si la crisis se prolonga, dichos medios son insuficientes y el Estado tiene que optar por otros más eficaces». Y concluye (párrafo 40): «el hecho de que las situaciones de atasco se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso.»

## 5. EFECTOS

Un proceso retrasado no puede satisfacerse porque ante el tiempo transcurrido no hay cuenta atrás, como decía Quevedo: «El tiempo que no vuelve ni tropieza». Por ello, la decisión para reparar las dilaciones indebidas será un pronunciamiento declarativo y no resolutivo. Solamente el juicio será efectivo cuando se remueva de forma inmediata la inactividad mientras dure el proceso y no se trate de dilaciones consumadas (que ya han cesado) sino persistentes; pero ante un proceso terminado sólo corresponde declarar la dilación, de forma que la sentencia de la jurisdicción constitucional constituya una prueba y sirva para reclamar una indemnización. Así, la declaración que se haga por parte de los tribunales que protegen la vulneración del derecho a recibir sentencia dentro de un plazo razonable, será un título para reclamar también en sede judicial de modo que las dilaciones indebidas sufridas sean compensadas por la jurisdicción correspondiente<sup>51</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha afirmado: «El nuestro ha de ser un pronunciamiento declarativo pero no simbólico y desprovisto de eficacia práctica, desde el momento en que, en su caso, constituiría el presupuesto de un eventual derecho a la indemnización de daños y perjuicios por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia que, sin embargo, no se nos pide ni, aun cuando así ocurriera, nos correspondería reconocer» (STC 184/1999, de 11 de octubre, FJ 3). En este sentido, la jurisprudencia constitucional rechaza declarar el derecho a recibir indemnización que corresponde a los tribunales ordinarios en respuesta a una ulterior acción resarcitoria prevista por el ordenamiento jurídico, lo que ha motivado algún voto particular, en el que se entiende que la sentencia declaratoria de dilaciones indebidas debe servir como «título» que acredite el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: «el pronunciamiento ha de tener un contenido que sirva para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, sin que quepa ya poner en duda ni la existencia del título de imputación –funcionamiento anormal de la Administración de Justicia– ni, consiguientemente, la del nexo causal, una vez acreditados, ante los tribunales ordinarios, los demás requisitos de resarcimiento de los daños

---

51. Sobre las consecuencias del reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el ámbito penal, puede consultarse PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *Dilaciones indebidas y derecho penal*, Madrid, Akal iure, 1997, p. 77-125.



inherentes a la dilación y a la ausencia de fuerza mayor»<sup>52</sup>.

En todo caso, no procede, como en alguna ocasión se ha solicitado, que el Tribunal Constitucional facilite la estructura organizativa que le conviene a la Administración de Justicia en una localización concreta (STC 10/1991, de 17 de enero, FJ 3), ni tampoco es de recibo una condena genérica debida a una insuficiencia de medios para afrontar debidamente la impartición de la justicia en tiempo. En este sentido, el Tribunal, aun reconociendo la falta de medios materiales y personales, ha entendido que la vulneración del derecho puede producirse solamente en cada caso concreto (STC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 6).

Por tanto, en general, si el proceso todavía está abierto se debe ordenar el cese de la paralización, que causa las dilaciones indebidas, lo que no excluye medidas indemnizatorias. Si el proceso está cerrado sólo cabe la compensación porque no es posible la restitución *in natura* (STC 69/1993, de 1 de marzo). En el orden penal caben otras medidas legales para paliar la situación como la prescripción, el indulto y la remisión condicional de la pena o suspensión condicional (STC 35/1994, de 31 enero), además de soluciones jurisprudenciales concretas.

## 6. SUGERENCIAS DE LECTURA

- BARCELÓ I SERRAMALERA, MERCÈ y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista del Poder Judicial*, n.º 46 (1997): 13-47.
- COBREROS MENDAZONA, EDUARDO; «La violación del “plazo razonable” por la Jurisdicción constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16 (2001).
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, PLÁCIDO; *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994.
- GARCÍA LLOVET, ENRIQUE. «Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 36 (1992): 277-297.

---

52. Voto particular de Manuel Jiménez de Parga a la Sentencia 125/1999, de 30 de julio, que recuerda y emplaza a desarrollar la Sentencia 109/1997, de 2 de junio, ambas del Tribunal Constitucional español.

- GARCÍA PONS, E.; *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, Barcelona, Bosch, 1996.
- GIMENO SENDRA, VICENTE. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». En: *Constitución y Proceso*. Madrid : Tecnos (1988): 137-150.
- GUZMAN FLUJA, VICENTE C.; *El Derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- LÓPEZ MUÑOZ, RIANSARES; *Las dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, Granada, Comares, 2000.
- PICÓ I JUNOY, JOAN; *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.
- PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO; *Dilaciones indebidas y derecho penal*, Madrid, akal iure, 1997.
- RIBA TREPAT, C.; *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.
- REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL, *Los retrasos judiciales: ¿Cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones?*, Madrid, Tecnos, 1992.
- RODÉS MATEU, ADRIÀ; «Consideraciones constitucionales sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Revista catalana de dret públic*, n.º 33 (2006): 439-466 (en catalán) y [http://www.eapc.es/rcdp/articles/200611rodes\\_es.pdf](http://www.eapc.es/rcdp/articles/200611rodes_es.pdf) (en castellano).

EL DERECHO A LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA:  
ASPECTOS PRESTACIONALES DE LA TUTELA  
JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL  
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

PERE JOVER PRESA

*Presidente del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*

*Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona*

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Escuela Superior de Administración y  
Dirección de Empresas (ESADE) de la Universidad Ramon Lull (Barcelona)*

Es una opinión comúnmente extendida en el Derecho comparado que el funcionamiento de la Administración de Justicia resulta afectado de forma negativa por las graves carencias estructurales, funcionales y organizativas que padece de forma continuada. En España, por ejemplo, el órgano de gobierno de la justicia, el Consejo General del Poder Judicial, lo reconocía paladinamente hace ya algunos años cuando afirmaba que, «aun tras las profundas reformas que ha experimentado la justicia en nuestro país, existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de la justicia y que afecta, o puede afectar muy negativamente, a la confianza del pueblo español en ella»<sup>1</sup>.

---

1. Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997. Pág. 17.

El Consejo General reconocía que dicha insatisfacción se centraba esencialmente en las dilaciones y la excesiva duración de los procedimientos judiciales, y aportaba algunos datos estadísticos realmente preocupantes. Concretamente, la situación en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo era calificada con la gráfica expresión de «síndrome de fallo múltiple del sistema», pues a los perjuicios causados a los justiciables por tan excesivo retraso debemos añadir la discriminación resultante de la descomunal carga de trabajo que afligía a determinados órganos judiciales.

Dejando de lado las consecuencias sociales y políticas de tan insostenible situación, lo cierto es que en el plano estrictamente jurídico-constitucional es difícil negar que se está impidiendo o, al menos, limitando, la efectividad de dos valores de extraordinaria importancia en todo Estado de Derecho: por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva, que sólo desde una perspectiva formalista podría considerarse como satisfecho con el simple reconocimiento del acceso a la jurisdicción; por otro, la prestación de un servicio público tan importante como es la justicia en condiciones de igualdad y eficiencia. En ambos casos los ciudadanos no pueden quedar inermes ante los graves perjuicios que se les ocasionan, y lo cierto es que la Constitución española, como muchas otras, ha puesto a su disposición dos instrumentos de defensa importantísimos: por un lado, las dilaciones indebidas en el proceso vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que puede ser protegido mediante los medios habilitados al efecto, incluido el amparo constitucional y el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; por otro, el artículo 121 CE ha reconocido de forma general el derecho al resarcimiento por los perjuicios causados por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, posteriormente desarrollado en el Título V del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Estas son las cuestiones que pretendemos analizar en nuestro trabajo, enfrentándonos en particular a unas preguntas que nos parecen relevantes:

a) Si de la Constitución se puede extraer una interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho a la organización de la justicia.

b) Si son suficientes y adecuados los medios existentes en nuestro ordenamiento y en el sistema europeo de protección de los derechos

humanos para proteger a los ciudadanos frente a los perjuicios causados por las carencias estructurales y organizativas de la Administración de Justicia. Y, en caso contrario, cuáles podrían ser las reformas necesarias para asegurar o mejorar dicha protección.

## I. EL DERECHO A LA ORGANIZACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL: ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES

Es sabido que el artículo 24 CE integra un haz de derechos caracterizados por su contenido complejo, en el que se combinan características propias de los derechos de libertad y de los derechos de prestación. Así, mientras que la presunción de inocencia y los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable comportan, básicamente, una obligación de abstención de los poderes públicos, en cambio, casi todos los demás derechos reconocidos por el mencionado precepto requieren una actuación positiva por parte de dichos poderes, habilitando los medios materiales, personales y organizativos imprescindibles para exigirlos y ejercerlos con plenitud.

El problema para el justiciable se plantea cuando los mencionados medios son insuficientes, imposibilitando o dificultando la adecuada impartición de la tutela. No son pocos los que creen que frente a dicha situación no cabe más solución que la política; es decir, la presión social sobre los poderes legislativo y ejecutivo para que provean los medios materiales y personales que faltan, y aborden las reformas organizativas (incluidas las de naturaleza procesal) que exige la situación. Entre ellas, la adecuación de la planta judicial, la reestructuración de las demarcaciones, la especialización de los órganos judiciales, la racionalización de la oficina judicial y de los servicios comunes, la informatización, la modernización de las plantillas del personal al servicio de la Administración de Justicia, y tantas otras cuya necesidad es compartida por todos los operadores jurídicos y políticos. A este respecto son muy significativas, por el prestigio doctrinal de su autor, las afirmaciones de Jesús González Pérez: «No es con recursos de amparo como podremos obtener plena satisfacción de los derechos constitucionales prestacionales. Pues, si la razón última de que no alcancemos la realización plena de nuestros derechos es la insuficiencia de medios económicos para que puedan realizarse adecuadamente las prestaciones necesarias, sólo podremos salir de esta situación creando las condiciones que permitan aumentar los medios...»<sup>2</sup>.

---

2. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, Madrid, 1989, p. 220.

Ahora bien, por muy realistas y llenas de cordura que estén estas palabras, lo cierto es que no dan respuesta a la situación en que se encuentra el justiciable cuyos derechos no han sido satisfechos como consecuencia de las carencias organizativas y materiales a que nos estamos refiriendo. Lo que realmente importa, desde esta perspectiva concreta, es determinar cuáles son los medios jurídicos de protección que tiene a su alcance y, lo que es más importante, qué posibilidades tiene de verse restablecido en la integridad de su derecho.

Aparentemente esta tarea no debería plantear especiales problemas en un sistema constitucional como el nuestro, que ha previsto de forma precisa instrumentos específicos de protección y que, además, dispone de principios de gran eficacia hermenéutica, como la cláusula del artículo 9.2 CE o la posición preferente de los derechos fundamentales. Sin embargo tropezamos desde el primer momento con una dificultad importante: los derechos reconocidos por el artículo 24.2 CE, así como en la gran mayoría de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos son esencialmente derechos al debido proceso legal y, en cambio, las vulneraciones a que nos estamos refiriendo no suelen tener su origen en el proceso aunque produzcan efectos sobre él; y ello es así porque no son imputables al órgano judicial, sino que son la consecuencia de la incapacidad de los poderes públicos para organizar de forma adecuada y satisfactoria la Administración de Justicia y, por lo tanto, para impartir la prestación que va inherente al derecho fundamental.

De entrada, eso significa que se impone un análisis sobre la naturaleza prestacional del derecho a la tutela judicial, determinando hasta qué punto la prestación forma parte del contenido esencial del derecho, y cual es la relación que existe entre ésta y la organización que la hace posible.

1. Enrique Alonso García ya se planteó este problema tempranamente, cuando se preguntaba si los derechos fundamentales, a diferencia de lo que sucede con los principios rectores recogidos en el capítulo III del Título I de la Constitución, «obligan automáticamente, cuando su naturaleza así lo exija, a la regulación y establecimiento de los servicios y la burocracia que ello conlleva»<sup>3</sup>. Si la naturaleza del derecho lo implica, ¿existe un derecho a la organización? Con algunas dudas, él mismo aventuraba una respuesta afirmativa, apoyada en la STC 42/1982, de 5 de abril: «A mi juicio la sentencia es impecable. Los derechos fundamentales y las libertades

---

3. ALONSO, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, p. 387.

públicas de la sección primera exigen una organización, son derechos a la organización, y mientras ésta no exista la nulidad del acto o sentencia impugnada resulta obvia»<sup>4</sup>. La sentencia citada se refería precisamente a uno de los derechos recogidos en el artículo 24 CE, el derecho a la defensa y asistencia de letrado.

2. Estas tesis fueron posteriormente aplicadas con más concreción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por Miguel Angel Aparicio. En un trabajo publicado en 1988, cuando ya se disponía de una jurisprudencia algo más elaborada, afirmaba que, en determinados casos, la actividad prestacional de los poderes públicos «forma parte del núcleo del propio derecho fundamental constitucionalmente consagrado»<sup>5</sup>, que quedaba de esta forma configurado como un derecho a la organización de la justicia. Proponía «observar aspectos de vertiente orgánica, estructural, de la Administración de Justicia, para poder comprobar si las deficiencias que manifiestamente posee repercuten en el derecho fundamental que nuestra Constitución reconoce y en qué términos puede invocarse una auténtica protección jurisdiccional contra las mismas». Y, a partir del examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, como la citada anteriormente y, de forma más general, de la interpretación del artículo 24 CE a la luz del principio del Estado Social y de la cláusula transformadora del artículo 9.2 CE, llegaba a una conclusión inequívoca: la vertiente prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva lleva consigo la obligación de los poderes públicos de hacer efectiva la realización del servicio, y «como quiera que la organización es previa a la prestación, la inadecuada presencia de aquélla impide el normal desenvolvimiento de esta última, conculcando así el contenido básico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

Consecuentemente, decía, si es en la organización del servicio donde se produce la conculcación del derecho fundamental, debe aceptarse la «posibilidad de reaccionar contra los actos organizatorios (desorganizatorios, diríamos con mejor exactitud) que pretenden y consiguen limitarlo». Estos actos u omisiones, imputables a los poderes públicos competentes en materia de Administración de Justicia, vulneran también el propio derecho fundamental y pueden ser objeto de reacción a través de los

---

4. ALONSO, ENRIQUE, *La interpretación...*, cit., p. 360.

5. APARICIO, M.A., «El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva,» *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n.º 1, Universidad de Granada, 1988, pp. 75-95.

procedimientos previstos en el ordenamiento; es decir, el recurso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales y, eventualmente, el amparo constitucional. Naturalmente, la vía adecuada es el recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales y, posteriormente, el amparo basado en el artículo 43 de la LOTC.

Es innegable que la aceptación de esta tesis, francamente innovadora desde la perspectiva de alcanzar la máxima efectividad del derecho fundamental, comportaría una ampliación notable de su contenido y de su ámbito protegido. En efecto, lo que M.A. Aparicio proponía era una nueva configuración de la tutela judicial efectiva que iba mucho más allá de la clásica concepción del *due process on law*; una concepción que no sólo se refería a las vulneraciones que pudiesen producirse en el ámbito del proceso jurisdiccional, sino que en su vertiente reaccional pudiese dirigirse también contra actos y disposiciones (o, más a menudo, omisiones) de naturaleza básicamente política o administrativa, en la medida en que afectasen a la adecuada organización de la prestación jurisdiccional<sup>6</sup>.

Los problemas conceptuales que pueden resultar de esa configuración son fácilmente comprensibles, no sólo respecto a la citada ampliación del ámbito protegido del derecho fundamental sino también en lo que atañe a la legitimación activa para ejercitar los medios de protección correspondientes (contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales y amparo constitucional). Por lo que se refiere a esta última cuestión, Aparicio resolvía el problema proponiendo, junto a la legitimación del defensor del pueblo ya prevista en la LOTC, la de las corporaciones, asociaciones y grupos afectados o legalmente habilitados para la defensa y promoción de los derechos colectivos de la justicia (Colegios profesionales, entre otros).

3. Una posición mucho más matizada es la defendida por J. R. Cossío<sup>7</sup>, que partía de una consideración general del derecho a la tutela judicial

---

6. Frente a la consideración de que las vulneraciones de los derechos reconocidos por el artículo 24 CE sólo pueden ser imputadas a jueces y tribunales y, por lo tanto, recurridas por la vía del artículo 44 LOTC, se aportaba la STC 90/1985, de 22 de julio, en la que el Alto Tribunal rechazó que no fueran «imaginables supuestos en los que la vulneración del derecho del artículo 24.1 CE se produzca directamente por órganos que no sean de naturaleza jurisdiccional» (FJ 4.º). No creemos que esta decisión permita justificar plenamente las tesis mantenidas por M. A. Aparicio, pues en el caso citado sí había un concreto proceso, una querrela presentada contra un senador por supuesto delito de injurias; el Tribunal Constitucional anuló la denegación del suplicatorio pues, aunque no era un acto imputable al órgano judicial, había impedido al querellante su acceso a la justicia.

7. Cossío, J. R., *Estado Social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.



efectiva como derecho de libertad en el que, no obstante, existen importantes facetas prestacionales. Cossío realizaba previamente un examen de los diferentes tipos de obligaciones públicas que están ligadas con el ejercicio de los derechos fundamentales, y distinguía entre prestaciones de naturaleza nuclear (cuando la propia prestación es el objeto del derecho fundamental), prestaciones de naturaleza instrumental (que actúan como medios o vías necesarias para el ejercicio del derecho fundamental sin confundirse con él) y, finalmente, prestaciones que podríamos llamar adhesivas o conexas, que son aquéllas que el sujeto obtiene con ocasión del ejercicio del derecho fundamental en cuestión.

Pues bien, en relación con los derechos reconocidos en el artículo 24 CE, Cossío sólo admitía de forma general la existencia de prestaciones instrumentales, constituidas por el conjunto de medios materiales y organizativos que hacen posible su ejercicio sin por ello integrarse en el contenido del propio derecho. Con una sola excepción: el derecho a la asistencia y defensa de letrado, que consiste precisamente en la obligación pública de proporcionar a determinadas personas los servicios de abogado en el marco de un proceso concreto, y que debe ser incluido en el primero de los grupos aludidos<sup>8</sup>, de forma que el incumplimiento de la prestación constituye vulneración directa del contenido esencial del derecho fundamental, protegible mediante recurso de amparo. Se trata, como vemos, de una posición mucho más «clásica» que la defendida por M. A. Aparicio, pues en ningún caso aludía Cossío a un derecho que fuera ejercitable al margen del concreto proceso judicial.

4. Finalmente, Juan Fernando López Aguilar se refiere también a la acepción prestacional de la justicia, en la que incluye tanto la operación jurídico-material de impartición de la tutela, como la consistente en gestionar los medios instrumentales (financieros, materiales y personales) que hacen posible la correcta realización de aquélla<sup>9</sup>. Pues bien, afirma, es la imbricación entre ambos componentes la que permite hablar de un «derecho a la organización de una estructura adecuada para la realización de la tutela judicial (esto es, derecho prestacional a la tutela judicial)», concepto éste que, como reconoce el autor, tardó bastante en abrirse paso en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país.

---

8. COSSÍO, J. R., cit., pág. 204.

9. LÓPEZ AGUILAR, J. E., *Justicia y Estado Autonomico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1994, p. 33.

## II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una sólida doctrina sobre el derecho a la tutela judicial como derecho a la organización de la justicia. Por supuesto, lo ha hecho siempre en relación con recursos presentados contra vulneraciones producidas en el marco del proceso legal, cuando los tribunales nacionales no prestan al justiciable la tutela en forma satisfactoria; pero a menudo ha incorporado análisis y argumentaciones que tienen en cuenta de forma general y objetiva la incidencia ejercida sobre estas vulneraciones por el componente estructural y organizativo, dejando bien claro que el Convenio obliga a los Estados a organizar su Administración de Justicia de forma que permita la plena satisfacción de los derechos reconocidos en él. En casi todos los casos en que el TEDH ha hecho esta operación, el derecho vulnerado era el del plazo razonable (derecho a ser oído dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, según el artículo 6.1 del Convenio), lo que no ha de extrañar pues, como es sabido, es este derecho el que resulta más afectado por las deficiencias organizativas<sup>10</sup>. Como muestra significativa de esta posición recordemos simplemente las afirmaciones que se hicieron en el caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., que condenó a España: «El Tribunal no ignora que España ha debido superar graves dificultades durante el restablecimiento de la democracia, y aprecia en su justo valor los esfuerzos desplegados por las autoridades para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para transformar el aparato judicial del país. Recuerda, pese a ello, que *al ratificar el Convenio España se ha obligado a organizar aquél de manera que le permita responder a las exigencias del artículo 6º.1, especialmente en cuanto al plazo razonable*»<sup>11</sup>.

1. Para empezar, y al contrario de lo que sucede en nuestro Tribunal Constitucional (y posiblemente también en las jurisdicciones de los estados firmantes del Convenio), el TEDH conoce las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva que son imputables a los estados como tales, lo

---

10. En particular, es interesante el examen que realiza Enrique García Pons en su obra «Dilaciones Indebidas. El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable como manifestación prestacional de contenido esencial en la Constitución española». Tesis doctoral, Barcelona, 1996. De esta obra hemos extraído buena parte de los datos aportados sobre la jurisprudencia del TEDH.

11. STEDH caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., 717/1989.

que significa que cuando investiga el comportamiento de las autoridades responsables del retraso no se limita a los órganos judiciales, sino que incluye todas las instituciones, incluido el Poder Legislativo<sup>12</sup>.

Es más, cuando algún Estado ha pretendido descargar su responsabilidad argumentando que el artículo 6 del convenio sólo se refiere a actuaciones del Poder Judicial, el TEDH ha rechazado cualquier posibilidad al respecto, reforzando el aspecto prestacional del derecho al plazo razonable como obligación del Estado. Así, en el caso *Martins Moreira*<sup>13</sup>, en el que la representación de Portugal pretendía que «sólo el comportamiento de las autoridades judiciales en cuestión podría comprometer en la materia la responsabilidad internacional del Estado, y no las eventuales faltas del legislador, del Ejecutivo o de otros órganos», se afirmó: «Esta tesis se opone a la jurisprudencia constante del Tribunal [...]. En este caso las diversas instituciones cuya insuficiencia de recursos su sobrecarga de trabajo impidieron que se despacharan las solicitudes del Juez de Evora eran todas ellas públicas. Su carácter no judicial no tiene consecuencias al respecto». En otra ocasión, en el caso *Wiessinger*<sup>14</sup>, el TEDH condenó a Austria por dilaciones que tenían su origen no en el funcionamiento de la Administración de Justicia, sino en «una falta de coordinación entre las autoridades municipales y agrícolas en la puesta a punto de sus planes respectivos».

2. El TEDH ha considerado tanto el aspecto global del derecho al plazo razonable, que exige la culminación total del proceso dentro de unos términos aceptables<sup>15</sup>, como otros aspectos más concretos, en particular la existencia de tiempos muertos o períodos excesivos de paralización del proceso<sup>16</sup>.

3. Los aspectos puramente organizativos han sido considerados en numerosas ocasiones, casi siempre para declarar la vulneración del derecho al plazo razonable. Así, la existencia de vacantes en los órganos judiciales

---

12. STEDH caso *Nibbio*, 26/2/1992.

13. STEDH caso *Martins Moreira*, 26/10/1988.

14. STEDH caso *Wiesinger*, 30/10/1991.

15. Entre las más conocidas, SSTEDH caso *Bucholz* (6/5/1981) y caso *Konig*, (28/7/1978).

16. Por ejemplo, STEDH caso *Corigliano* (10/12/1982).

que impiden la adecuada impartición de la tutela<sup>17</sup>, el repetido cambio de titulares en los mismos, ya sea a consecuencia del nombramiento de jueces sustitutos o por traslados<sup>18</sup>, o la falta de coordinación entre los órganos judiciales<sup>19</sup>.

4. La razón más habitualmente alegada por los estados para justificar los retrasos es la sobrecarga de trabajo que pesa sobre los órganos judiciales. Sin embargo, sólo en circunstancias excepcionales ha sido aceptada por el TEDH. Un ejemplo significativo lo ofrece la Sentencia dictada en el caso *Guincho*<sup>20</sup>, en la que, aún reconociéndose los esfuerzos realizados por el Gobierno portugués para atajar el enorme trabajo acumulado ante un determinado órgano judicial, se consideró que «las medidas tomadas en octubre de 1980 y marzo de 1981 eran evidentemente insuficientes y tardías. Aunque reflejaban la voluntad de atacar el problema eran, por su propia naturaleza, incapaces de conseguir resultados satisfactorios». Precisamente en relación con esta cuestión es donde el TEDH ha desarrollado unos criterios de objetivación más completos, que le permiten apreciar o rechazar las alegaciones de justificación del retraso:

A) Las situaciones de atasco coyuntural, limitadas a un determinado período de tiempo, no comprometen la responsabilidad del Estado ni se consideran, por lo tanto, vulneración del derecho fundamental al plazo razonable<sup>21</sup>. Más aún si se han producido por causas que no eran fácilmente previsibles, como sucedió en Alemania en los tribunales laborales, cuando la recesión económica provocó un repentino incremento de la litigiosidad<sup>22</sup>.

B) El Tribunal analiza con detenimiento la respuesta adoptada por el Estado en cada caso para hacer frente a los retrasos con medidas rápidas y efectivas. Si se demuestra la existencia de tal respuesta, y si las medidas han sido suficientes, no suele apreciar vulneración del derecho<sup>23</sup>.

---

17. STEDH caso *Trevisan*, 26/2/1993.

18. STEDH caso *Deumeland*, 29/5/1986.

19. SSTEDH caso *Abdoella*, de 26/11/1992 (problemas de envío de documentación al tribunal superior) y caso *Bunkote*, de 25/6/1993.

20. STEDH caso *Guincho*, de 10/7/1984.

21. Por ejemplo, STEDH caso *Bagetta*, de 25/6/1987.

22. STEDH caso *Bucholz*, antes citado.

23. SSTEDH caso *Deumeland*, 25/9/1986, y caso *Bucholz*, 6/5/1981.

C) Igualmente aprecia el TEDH de forma favorable las medidas adoptadas por los estados para hacer frente a la sobrecarga de trabajo mediante la priorización de los expedientes más importantes. Así, por ejemplo, en el caso Zimmerman y Steiner se decía: «Entre los medios que pueden utilizarse provisionalmente figuran la elección de un determinado orden de tramitación en los asuntos, fundado no sobre la mera fecha de su presentación, sino sobre su urgencia y su importancia, en especial por el riesgo que suponen para los interesados».

D) Una de las razones a las que es más sensible el Tribunal para justificar los retrasos es que éstos se deban a causas excepcionales e imprevisibles. Por ejemplo, se ha admitido como causa excepcional o imprevista la situación de crisis social que atraviesa un país o una determinada región en un momento determinado<sup>24</sup>, o los cambios sufridos por el sistema judicial como consecuencia de rupturas políticas institucionales, como las que afectaron en los años setenta a Portugal y España<sup>25</sup>.

### III. EL DERECHO A LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

#### *1. Primer aspecto: la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*

Nuestro ordenamiento ha incorporado, junto a los instrumentos de protección derivados de los apartados primero y segundo del artículo 53 CE, otras garantías de naturaleza constitucional y legal especialmente diseñadas para resarcir a los ciudadanos por los perjuicios ocasionados por defectos de organización de la Administración de Justicia.

---

24. STEDH caso Milasi, de 25/6/1987, que se refiere a «la sobrecarga de trabajo que pesaba sobre los tribunales del distrito de Reggio Calabria tras los disturbios que ocurrieron en esa ciudad».

25. SSTEDH caso Guincho, antes citado, y caso Unión Alimentaria Sanders, S.A. En este último caso, en el que se condenó a España, el TEDH afirmó: «El Tribunal no ignora que España ha debido superar graves dificultades durante el restablecimiento de la democracia, y aprecia en su justo valor los esfuerzos desplegados por las autoridades para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para transformar el aparato judicial del país», a pesar de lo cual consideró insuficientes esos esfuerzos.

A) El primero de ellos se configura como un auténtico derecho constitucional, regulado en el artículo 121 de la Carta Magna a partir del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Aunque guarda una estrecha relación funcional con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no disfruta, en cambio, de sus mismas garantías, pues responde a consideraciones diferentes. En realidad el artículo 121 CE es una traslación al ámbito de la justicia del principio general de la responsabilidad de la Administración, también constitucionalizado en el artículo 106.2 CE<sup>26</sup>, lo que explica que en su desarrollo legal y reglamentario se le haya dado un tratamiento exclusivamente administrativo (decisión del Ministerio de Justicia previo informe del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, y control judicial por la vía contencioso-administrativa). Siguiendo las tesis expuestas en algunos trabajos expresamente dedicados a esta cuestión, como el de E. Cabrerros Mendazona<sup>27</sup> (que aporta en su apoyo no sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino también los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado), nos limitaremos a algunas consideraciones generales.

a) La distinción entre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial, que también da derecho a indemnización, no siempre es fácil. El Tribunal Supremo utiliza como criterio básico de distinción el origen del daño causado, siempre que se haya producido en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, si es una resolución judicial la causante del perjuicio, habrá error; si, por el contrario, es el resultado de actuaciones procesales de variada naturaleza que, en todo caso, no son imputables al juez o Tribunal, nos encontraremos ante situaciones de funcionamiento anormal<sup>28</sup>.

---

26. Martín Rebollo califica «la responsabilidad del Estado-juez como una subespecie de la responsabilidad de la Administración y complemento del sistema» a que se refiere el artículo 9.3 del texto constitucional. MARTÍN REBOLLO, LUIS, *Jueces y responsabilidad del Estado*, CEC, Madrid, 1983, p. 17. Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. LEGUINA, JESÚS y SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*. Tecnos, Madrid, 1993.

27. CABREROS MENDAZONA, EDUARDO. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998. También tratan esta cuestión, entre otros, JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Impredisur, Granada, 1991, GUZMÁN FLUJA, V., *El derecho a indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, por citar solamente los más recientes.

28. CABREROS MENDAZONA, E. *La responsabilidad...*, cit. p. 24, que cita una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Este criterio no siempre da resultados concluyentes, como demuestra la confusión que puede surgir cuando el funcionamiento anormal en forma de retrasos y dilaciones es ocasionado no por actos erróneos, sino por actos u omisiones que tienen su origen en las insuficiencias organizativas y de medios materiales y personales y que, aunque formalmente puedan ser imputados al juez o Tribunal, no son de su responsabilidad<sup>29</sup>. Está claro que estos actos u omisiones no constituyen error judicial sino funcionamiento anormal (por ejemplo, el incumplimiento de los plazos por imposibilidad material debida a la sobrecarga de trabajo).

b) La causa más habitualmente alegada de funcionamiento anormal es el retraso, por lo que la conexión entre esta institución y las carencias estructurales y organizativas de la tutela judicial es evidente.

c) Precisamente por eso no es fácil trazar la frontera entre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Materialmente las dilaciones indebidas son un supuesto prototípico de funcionamiento anormal, por lo que no ha de extrañar que los criterios utilizados por la jurisprudencia para definir ambos conceptos jurídicos indeterminados sean los mismos: complejidad del asunto, comportamiento de las autoridades, comportamiento de las partes en el proceso y perjuicios que les han sido ocasionados por el retraso. Así y todo, desde una perspectiva teórica no es adecuada esta identificación. La mayoría de la doctrina se inclina por una distinción que no es de contenido sino de grado. Así, P. García-Manzano<sup>30</sup> propone una gradación en tres niveles: retraso simple por mero incumplimiento de plazos, retraso constitutivo de funcionamiento anormal y, por lo tanto, susceptible de responsabilidad patrimonial y, finalmente, retraso grave o cualificado, que supone vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta gradación también se desprende de la STC 5/1985, para la que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas «es un supuesto-extremo en cuanto entraña una

---

29. Precisamente por ello algún autor, como M. Goded, rechaza la validez del criterio antes expuesto para distinguir entre error judicial y funcionamiento anormal. Ver CODED MIRANDA, M., *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, en Poder Judicial, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, vol. I.

30. GARCÍA-MANZANO, P. «Responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIV, 1996, p.188. Tesis similares son las defendidas por DELGADO DEL RINCÓN, L., «La responsabilidad patrimonial del Estado-juez en el ordenamiento jurídico español», *RVAP*, 50, 1998.

violación constitucional del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que dice el artículo 121 CE; el retraso podrá constituir una irregularidad procesal, o comprenderse en la definición constitucional del funcionamiento anormal, o integrar un caso de violación constitucional»<sup>31</sup>. De acuerdo con esta posición, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sólo debería apreciarse en los casos más graves, lo que coincide sustancialmente con la línea seguida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

d) Una vez apreciado el funcionamiento anormal es preciso identificar el daño reparable y determinar la indemnización correspondiente. El daño o perjuicio debe ser efectivo, evaluable económicamente, e individualizado en una persona o grupo de personas. Entendemos que dentro de esta definición están incluidos los daños morales y los causados a terceros que no hayan sido parte en el proceso. Mayores dificultades pueden surgir, en cambio, a la hora de sopesar otros dos factores: la necesidad de demostrar un nexo causal entre el funcionamiento anormal y el perjuicio ocasionado (lo que exige, en palabras de Jesús Leguina, la eliminación de los hechos que no han tenido ningún poder determinante en la producción del daño final<sup>32</sup>) y, sobre todo, la inexistencia de fuerza mayor que, de acuerdo con el artículo 292.1 de la LOPJ, excluye la responsabilidad del Estado. Si la demostración del nexo causal es, lógicamente, tarea del reclamante, la carga de la prueba de la existencia de fuerza mayor corresponde exclusivamente al Estado. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en numerosas sentencias dictadas en relación con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración Pública, doctrina que consideramos plenamente aplicable al artículo 121 CE<sup>33</sup>.

e) El procedimiento ha sido regulado por la LOPJ, artículos 292 y siguientes, que se refieren también al error judicial. La decisión del Ministerio de Justicia requiere dos informes previos del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, que no son vinculantes ni siquiera están previstos por la LOPJ. Actualmente este tema está regulado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de

---

31. STC 5/1985, cit. FJ 9º.

32. LEGUINA, JESÚS, «Responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», *Revista de Administración Pública*, n.º 92.

33. Entre otras, STS de 25-9-1984 y 20-9-1985.



responsabilidad por su parte. El Consejo General del Poder Judicial aprobó unos criterios o directrices para la elaboración de sus informes, de los que conviene resaltar dos datos: se abstiene de «todo pronunciamiento sobre la viabilidad de la reclamación, sobre la concurrencia o no de relación de causalidad entre la actuación que se censura y el perjuicio que se dice sufrido», por un lado; y, por otro, considera que sólo él, en función de su papel constitucional, «está en condiciones de suministrar datos ciertos sobre un acontecimiento o sobre una conducta presuntamente generadora de responsabilidad»<sup>34</sup>.

f) La resolución es, naturalmente, susceptible de control contencioso-administrativo, pero no parece que el Tribunal Supremo haya tenido ocasión de elaborar una doctrina consolidada y dotada de suficiente grado de certeza sobre el concepto de funcionamiento anormal en el plano que a nosotros nos interesa, es decir, cuando aparece directamente conectado con las carencias estructurales. Los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado ofrecen algunas pistas al respecto, y parece que en algunas ocasiones el Consejo de Estado ha sido algo más «generoso» que el órgano de gobierno de la Magistratura. E. Cobreros ha realizado un estudio detenido de los informes de ambos órganos<sup>35</sup>, y aporta algunos datos interesantes:

- El funcionamiento anormal y el daño son apreciados con mucha más amplitud si se han producido en un proceso penal, lo que es totalmente lógico, habida cuenta del mayor peso de los intereses que se ventilan en este tipo de proceso.

- Los supuestos de funcionamiento anormal distintos del retraso son poco relevantes cuantitativa y cualitativamente (pérdida de objetos a disposición judicial, problemas en embargos realizados incorrectamente, fallos en actos de comunicación, incumplimientos de horario, etc.).

- No hay reglas claras y ciertas sobre la apreciación del funcionamiento anormal ni tampoco se distingue entre la anormalidad causada por defectos estructurales (insuficiencias en las dotaciones de personal, excesiva carga de trabajo, vacantes existentes en el órgano judicial, si éste es atendido o no en régimen de prórroga de jurisdicción, o con juez sustituto, etc.) o por otras causas.

---

34. Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 1992. *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, 105, 1992.

35. COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad...* cit. pp. 44 y ss.

En alguna ocasión el Consejo de Estado ha reconocido que la generalización de los retrasos en los procesos judiciales «no puede, a efectos de responsabilidad, eximir siempre a la Administración de Justicia»<sup>36</sup>.

- Las peticiones son resueltas en función de cada supuesto concreto. Para la determinación del retraso se parte de una previa consideración sobre la que habría podido ser la duración normal del proceso, teniendo en cuenta la complejidad del caso y otros criterios similares utilizados por la jurisprudencia constitucional. Todo el proceso está fuertemente teñido de discrecionalidad, especialmente cuando se trata de cuantificar la indemnización.

B) Asimismo conviene recordar la regulación, esta vez de rango exclusivamente legal, de un supuesto específico de responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el ámbito del proceso laboral. Nos referimos al pago de los llamados salarios de tramitación, regulado por el artículo 57.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Es el único caso en el que el legislador se ha atrevido a determinar de forma precisa y objetiva la duración «normal» del proceso, de forma que la responsabilidad patrimonial actúa automáticamente a partir del momento en que se han cumplido ciertos plazos sin dictarse sentencia. Solamente se aplica a los procesos por despido cuando éste es declarado improcedente, de tal manera que si la sentencia se dicta con posterioridad al plazo establecido (sesenta días contados a partir de la presentación de la demanda) el empresario podrá reclamar al Estado el abono de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo que exceda el plazo antes indicado<sup>37</sup>.

## *2. Segundo aspecto: el derecho a la organización de la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva, y ha insistido en numerosas sentencias en la relación que existe entre una adecuada organización de la Administración de Justicia y la efectividad de los derechos reconocidos por el artículo 24 CE; pero lo ha hecho exclusivamente en relación con la asistencia y defensa de letrado y con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

---

36. Dictamen del Consejo de Estado 1052/1991, de 5 de septiembre.

37. ROMERO DE BUSTILLO, S., «Responsabilidad del Estado sobre los salarios de tramitación: cuestiones sustantivas y procesales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, III, 1997.

A) Por lo que se refiere al primero de ellos la STC 42/1982, antes citada, ya afirmó tempranamente este carácter prestacional exigiendo, además, la inclusión de la vertiente organizativa como presupuesto de la prestación: «La idea del Estado social de Derecho (art. 1.1 CE) y el mandato genérico del artículo 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido por letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias que desgraciadamente han quedado muy de relieve en el presente caso»<sup>38</sup>. No existe, pues, ninguna duda sobre el hecho de que se trata de un derecho de crédito que el justiciable posee frente a los poderes públicos para que le provean de asistencia jurídica, que será gratuita cuando se den las condiciones establecidas por la ley<sup>39</sup>.

Precisamente para hacer efectivo ese crédito deben crearse y organizarse los servicios administrativos correspondientes, dotados de medios materiales y personales adecuados para el cumplimiento de su función. De forma general, es el juez o Tribunal quien debe informar a las partes su derecho a designar abogado y, en los casos en que su intervención sea legalmente preceptiva, designarlo de oficio si no lo hicieran. Cuando el justiciable carece de medios económicos la obligación compete a los servicios de asistencia jurídica gratuita, cuyo funcionamiento ha conocido una nueva regulación en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Para ello se establece una estructura de naturaleza administrativa y no judicial, integrada por comisiones provinciales de Asistencia Jurídica Gratuita adscritas a las gerencias territoriales del Ministerio de Justicia o, en su caso, a las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, con intervención de los colegios profesionales de abogados y procuradores.

Los ciudadanos no sólo disponen de una posibilidad reaccional inmediata contra la denegación injustificada de la prestación o contra las demoras producidas por deficiencias en el funcionamiento de las comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, sino que el perjuicio que se les haya podido ocasionar da lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>40</sup>. Así pues, no cabe ninguna duda sobre la configuración de este derecho como un auténtico

---

38. STC 42/1982, cit. FJ 2º.

39. En particular, STC 132/1992, de... FJ 2º: «[...] tal asistencia, además de prestarse de modo real y efectivo, ha de ser proporcionada en determinadas ocasiones por los poderes públicos, por lo que la designación de estos profesionales se toma en obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales.»

40. Véase, en particular, el artículo 24 del Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

derecho a la organización, dotado de los correspondientes instrumentos de garantía y defensa.

B) En cambio, el tratamiento de las vulneraciones del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es tan satisfactorio, pese a los esfuerzos realizados por el Alto Tribunal para ampliar este impreciso concepto en múltiples decisiones. A grandes rasgos es posible distinguir dos etapas tendencialmente diferentes en la jurisprudencia constitucional<sup>41</sup>.

a) En un primer momento la doctrina constitucional fue francamente restrictiva, y era habitual la justificación de las dilaciones, incluso con retrasos realmente escandalosos, con el simple argumento de la excesiva carga de trabajo que pesaba sobre el órgano judicial. El Tribunal Constitucional, en contra de la que ya entonces era una práctica generalizada en la doctrina del TEDH, era bastante remiso a incorporar consideraciones de naturaleza orgánica y estructural de la Administración de Justicia. Además, los criterios utilizados para la determinación de la materia de amparo muchas veces limitaban la capacidad del Tribunal para entrar en el fondo de la cuestión o para dar plena efectividad al derecho fundamental: por ejemplo, hasta la STC 5/1985 era habitual la inadmisión del recurso o la denegación del amparo si en el ínterin el juez o Tribunal *a quo* ya había resuelto el retraso; o, en otro aspecto sobre el que volveremos después, incluso en los casos en que se reconocía la existencia de dilaciones indebidas nunca se aceptaron peticiones de resarcimiento por los perjuicios ocasionados, lo que privaba de todo valor efectivo al otorgamiento del amparo.

El ejemplo más significativo de esta posición inicial, pese al esfuerzo argumental que contiene, continúa siendo la STC 5/1985, el mismo caso que posteriormente llegó a Estrasburgo y propició la primera condena a España por violación del derecho al plazo razonable<sup>42</sup>. No deja de ser curioso que esta sentencia denegara el amparo con argumentos pretendidamente basados

---

41. No pretendemos realizar un examen del tratamiento que se da a las dilaciones indebidas en dicha jurisprudencia, que estaría fuera de lugar en este trabajo; nos limitaremos a analizar brevemente la incidencia que se da a los aspectos organizativos y estructurales de la Administración de Justicia en la apreciación de la existencia de dichas dilaciones y de su calificación como indebidas. Consideraciones generales sobre este derecho fundamental se encuentran en GIMENO SENDRA, VICENTE, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Poder Judicial*, número especial I, 1988.

42. STEDH caso Unión Alimentaria Sanders, S.L., ya citado.

en la jurisprudencia del TEDH<sup>43</sup>. Lo cierto es que en ella ya encontramos el tópico argumental que más a menudo fue utilizado en esta primera fase para limitar la efectividad de la vertiente prestacional del derecho fundamental: la utilización del concepto de «standards» de actuación y rendimientos normales en el servicio de la justicia, según el volumen de asuntos<sup>44</sup>.

En cambio, el voto particular presentado por el magistrado F. Tomás y Valiente a esta sentencia rechazaba esa línea argumental y prefiguraba la que se adoptaría posteriormente. Con unas palabras plenas de rigor lógico, Tomás y Valiente recordaba que lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella; y advertía frente a la contradicción que significaba el hecho de aceptar como rendimiento normal de la Justicia los retrasos generalizados y los incumplimientos continuados de los plazos procesales, simplemente porque se hubiesen convertido en habituales<sup>45</sup>.

b) Con posterioridad, y posiblemente espoleado por la decisión del TEDH en el caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., el Tribunal Constitucional matizó considerablemente su doctrina, aunque el criterio sobre los «rendimientos normales en el servicio de la Justicia» no ha desaparecido completamente y de tanto en tanto reaparece como causa de objetivación del concepto de dilaciones indebidas. Cada vez son más numerosas las sentencias en las que se reconoce la importancia de los aspectos estructurales y organizativos en la efectividad del derecho y, de forma general, se rechaza que las carencias de medios personales y materiales y las disfunciones de la Planta judicial, con las consecuencias de sobrecarga de trabajo que comportan, puedan justificar los retrasos excesivos en el desarrollo del proceso. Entre las más significativas podemos recordar las SSTC 36/1984, 223/1988, 85/1990, y, más recientemente, la STC 198/1999, que ha refundido algunos aspectos de la doctrina general sobre las dilaciones indebidas.

- Por un lado, se afirma (aunque decisiones coetáneas demuestran ciertas vacilaciones conceptuales, como veremos después) la autonomía de este

---

43. «Por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta de lo que dice el artículo 6.1 del Convenio Europeo, y de lo que desde la afirmación de este precepto ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». (STC 5/1985, de 23-1, FJ 5º)

44. «Otros criterios son las pautas y márgenes ordinarios en estos tipos de procesos, o en otros términos el estándar medio admisible...» STC 5/1985, cit. FJ 6º.

45. «Si continuase *in crescendo* el tiempo y la generalización del incumplimiento en el rendimiento del servicio de la justicia, y hubiese que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial el derecho fundamental». STC 5/1985. citada, Voto particular.

derecho respecto del derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), así como respecto a otros derechos integrados en el concepto general de la tutela judicial efectiva. Lo que caracteriza al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es, se dice, la exigencia de «un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que será el más breve posible»<sup>46</sup>.

- Por otro, este derecho presenta una doble faceta prestacional y reaccional. La primera consiste «en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable», con la «rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela». La segunda «actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas».

- Consecuentemente, una vez constatada la relación de causalidad entre las dilaciones comprobadas en el proceso y las insuficiencias estructurales, sólo la concurrencia de otras causas (complejidad del asunto, retrasos imputables a la conducta de las partes, inexistencia de perjuicio) impedirá el otorgamiento del amparo. Así, la STC 85/1990, antes citada, tras recordar explícitamente «la naturaleza prestacional del propio derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», añade: «el deber judicial constitucionalmente impuesto de garantizar la libertad, justicia y seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales...».

Ello ha exigido una reinterpretación del artículo 44 de la LOTC pues, como es sabido, dicho precepto sólo admite el amparo contra violaciones que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. Así, en uno de los fallos más relevantes que conocemos sobre esta materia, la ya citada STC 223/1988, el Tribunal se planteó «el problema de determinar si el ámbito protector del derecho fundamental invocado incluye tan sólo acciones u omisiones debidas a negligencia imputable al titular del órgano judicial, o comprende también las que tienen su causa última en defectos de organización o carencias estructurales»; la respuesta fue afirmativa, pues «el principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente por

---

46. STC 198/1999, de 25-10, FJ 3º.

nuestra doctrina constitucional [...] impide restringir el alcance y contenido anteriormente citado con base en distinciones sobre el origen de las dilaciones indebidas, que el propio precepto constitucional no establece[...] Excluir, por lo tanto, del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas en defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho frente a esa clase de dilaciones»<sup>47</sup>.

Por lo tanto, cuando el retraso es percibido como una «irregularidad irrazonable», una «duración mayor de lo previsible y tolerable», las insuficiencias constatadas, en particular la carencia de medios personales y materiales y la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el órgano jurisdiccional afectado, no pueden justificar por sí mismas el retraso producido.

c) Como podemos observar, el Tribunal Constitucional siempre ha ligado el derecho a la organización con las lesiones producidas en el proceso, de tal forma que su faceta reaccional actúa exclusivamente en el marco estricto del mismo. A este respecto fue muy significativa la respuesta dada en la STC 45/1990 a un recurso de amparo promovido contra un acto del Consejo de Ministros (para ser exactos, se trataba de una supuesta denegación por silencio administrativo) por el que se denegaba una demanda de medios materiales y personales que resolviesen la angustiosa situación de la Administración de Justicia en el País Vasco.

Pues bien, la Sentencia citada no negaba que la falta de medios de la Administración de Justicia careciese de relevancia constitucional, ni mucho menos su repercusión evidente sobre el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Simplemente, rechazaba que el recurso de amparo fuera «el cauce idóneo para someter a enjuiciamiento, desde la perspectiva jurídica de las garantías constitucionales, una situación genérica y compleja que se considera disconforme con la efectiva realización de los derechos fundamentales». Y exigía la demostración, «de manera singularizada y no abstracta, que ha habido una relación causal entre tales lesiones y el acto u omisión precisamente impugnado, y no ya entre aquéllas lesiones y una actitud general de inactividad por parte de los poderes públicos o de alguno de ellos»<sup>48</sup>.

La verdad es que el Tribunal Constitucional no tuvo ninguna dificultad para argumentar en este caso el rechazo del amparo, pues la impugnación

---

47. STC 223/1988, de 24-11, FJ 7°.

48. STC 45/1990, de 15-3, FJ 4°.

no se dirigía contra un acto concreto y determinado; en la misma motivación de la sentencia se definía, con toda precisión, cuáles son los casos y circunstancias en que es posible alegar la vulneración del derecho a la organización: «En todo caso, los efectos lesivos de una semejante actitud pasiva siempre podrían hacerse valer, a través de los medios que el ordenamiento arbitra, con ocasión de cada infracción concreta y efectiva de los derechos fundamentales tutelables judicialmente y en el amparo constitucional».

#### IV. VALORACIÓN GLOBAL

De todo lo expuesto se desprende que nuestro ordenamiento ha configurado de forma indirecta un auténtico derecho a la organización de la Justicia, ya sea a través del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ya mediante el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 121 CE que, en realidad, presupone un derecho al funcionamiento adecuado de la Administración de Justicia. Ambos derechos constitucionales contienen un conjunto de prestaciones cuya adecuada satisfacción no es posible sin la previa existencia de la mencionada organización, y es obligación de los poderes públicos velar por su idoneidad y suficiencia, dotándola de los medios instrumentales (personales, materiales y financieros) que sean imprescindibles.

Así, pues, uno y otro se configuran como derechos de crédito, en los que la prestación forma parte del contenido esencial del derecho (esto es cierto, al menos, para la asistencia y defensa de letrado y para la interdicción de las dilaciones indebidas en el proceso); por ello, cuando los defectos de organización no permiten su adecuada impartición en el proceso el justiciable está habilitado para utilizar unos medios de defensa y protección que, al menos aparentemente, permiten el reconocimiento del derecho lesionado y el pleno restablecimiento en su ejercicio. Los más importantes de estos medios son, como ya hemos visto, los procedimientos de protección de los derechos fundamentales previstos en el artículo 53.2 CE (por lo que respecta a los derechos de tutela judicial) y, de forma más general, la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, regulada en los artículos 292 y ss. de la LOPJ.

Eso sí, en absoluto este derecho a la organización es reconocido de manera abstracta y general, al margen de cada proceso concreto. Su faceta reaccional sólo actúa en el marco estricto del proceso, cuando las carencias estructurales y organizativas impiden la adecuada dispensación de la tutela, provocando retrasos



que van más allá de lo razonable y, como veremos a continuación, ni siquiera en ese limitado aspecto es eso cierto. En efecto, un análisis más profundo de la forma en que se han configurado estos derechos en nuestro ordenamiento, tanto en la normativa legal como en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, y sobre todo en su aplicación práctica, no conduce a conclusiones tan halagüeñas.

### *1. La configuración legal del derecho a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no garantiza un efectivo derecho a la organización*

No parece que en estas materias se hayan producido avances importantes desde la ya lejana fecha de febrero de 1986, cuando el Tribunal Supremo resolvió unos de los primeros casos que se le presentaron. Ya entonces se optó por una interpretación restrictiva del derecho a la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia porque, se decía, «tan perniciosa sería la apertura indiscriminada de pretensiones de este tipo bajo el influjo de un mal entendido progresismo jurídico, como, al contrario, montar una doctrina jurisprudencial que viniera en la práctica a convertir en inocuo y estéril el principio en cuestión»<sup>49</sup>.

A) Las posiciones de la doctrina no parecen ser unánimes sobre las potencialidades de este principio, cuya introducción en la Constitución debería haber comportado un cambio cualitativo en la consideración del servicio público de la Justicia. P. García-Manzano resume estas posiciones doctrinales, desde la más abierta de Montero Aroca, que identifica funcionamiento anormal con infracción de la norma procesal, hasta las más restrictivas, como es la suya propia, que sólo lo admite cuando se vulneran los «niveles medios de funcionamiento» de la actividad de prestación de la tutela judicial efectiva a los ciudadanos en tanto que litigantes<sup>50</sup>. Estos niveles medios de funcionamiento son definidos como «estándares medios del servicio público de la Administración de Justicia en el momento concreto en que se produce la actuación lesiva».

---

49. STS de 5-2-1986, FJ 7. Obsérvese que el Tribunal Supremo denegó la indemnización porque en el momento en que se produjeron los hechos causantes del funcionamiento anormal todavía no se había producido el desarrollo legislativo del artículo 121 CE, a pesar de que en la fecha de la sentencia ya estaba en vigor la LOPJ y sus artículos 292 y siguientes, que regulan esta materia.

50. GARCÍA-MANZANO, PABLO, «Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia». *Poder Judicial*, número especial V, 1988.

B) Este concepto de estándares medios, tan criticada por Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1985, es bastante utilizado por el Ministerio de Justicia y por el Consejo General del Poder Judicial (bastante menos, según parece, por el Consejo de Estado), en la calificación del funcionamiento «anormal» de la Administración de Justicia. Concretamente, son numerosos los informes del Consejo General del Poder Judicial en los que se rechaza tal calificación con argumentos basados en dicho concepto; en uno de ellos<sup>51</sup> se llegó mucho más lejos, proponiéndose la interpretación de la normativa procesal sobre los plazos de acuerdo con la «realidad social» del momento. Es decir, puesto que los retrasos sistemáticos y generalizados en el proceso se han convertido en una realidad (nunca mejor dicho), es esta realidad la que deberá tenerse en cuenta para medir el cumplimiento de la legislación procesal. No es difícil imaginar las consecuencias de esta increíble y torticera utilización del criterio hermenéutico incorporado en el artículo 3.1 del Código Civil: todos los retrasos a que nos referíamos al comienzo de este trabajo, justamente criticados por el propio Consejo General del Poder Judicial, se convertirían automáticamente en «normales», y sólo aquéllos que los superasen de forma apreciable (cosa difícil, aunque la experiencia demuestra que todo lo malo tiene tendencia a empeorar) deberían ser considerados como «funcionamiento anormal».

C) De forma general, tanto el Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial utilizan para objetivar el concepto de funcionamiento anormal criterios similares a los empleados por el Tribunal Constitucional en relación con las dilaciones indebidas. Aunque esa equiparación ha sido criticada<sup>52</sup>, entendemos que el problema no está solamente ahí (posteriormente veremos que los criterios del Alto Tribunal no son siempre todo lo abiertos y progresivos que muchos desearíamos), sino en la intensidad que se dé a cada uno de ellos en la apreciación final del funcionamiento anormal. Si la diferencia entre unos y otros es, como veíamos antes, de grado, parece lógico que los parámetros empleados para apreciar funcionamiento anormal sean más «ligeros» que los utilizados para declarar en sede constitucional vulneración del derecho fundamental. A lo que parece, no es eso lo que sucede.

---

51. *Informe...*, cit., p. 189.

52. DELGADO DEL RINCÓN, LUIS E., «La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez en el ordenamiento jurídico español», *RVAP*, 50, 1998, p. 94.

D) Incluso cuando se admite la existencia de funcionamiento anormal, la Administración es bastante cicatera a la hora de apreciar el daño. E. Cabrerros Mendazona dice que «la indemnización se señala un tanto a ojo, caso por caso y más bien como reacción defensiva o de rebaja frente a la petición del reclamante –que, en muchas ocasiones, parece formulada a bulto y por cuantía exagerada– pero con poca (o ninguna) motivación sobre lo concedido»<sup>53</sup>.

Como conclusión podemos afirmar que la introducción de este instrumento de defensa de los ciudadanos contra las insuficiencias en la Administración de Justicia no ha significado un cambio importante en el funcionamiento de la misma, ni mucho menos que haya actuado como acicate para que los poderes públicos, ante la amenaza de posibles avalanchas de reclamaciones, prioricen las inversiones en el sector. Hace ya algún tiempo Montero Aroca calificaba los resultados como decepcionantes<sup>54</sup>. Otro dato interesante es el que aporta Delgado del Rincón, que se hace eco de informaciones procedentes de la Secretaría de Estado de Justicia: entre 1991 y 1995 se promovieron al amparo del artículo 293.2 de la LOPJ 511 reclamaciones por funcionamiento anormal; de ellas 410 (es decir, el 80,23 %) fueron desestimadas, y las indemnizaciones concedidas a las 101 que conocieron mejor suerte sumaron un total de 105.427.130 pesetas, lo que representa una indemnización media de algo más del millón de pesetas<sup>55</sup>.

## *2. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas tiene una efectividad muy limitada*

Por lo que respecta a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las dilaciones indebidas nuestra opinión es igualmente tibia: creemos que el Alto Tribunal habría podido mantener una postura más combativa y, sobre todo, que habría debido extraer de sus sentencias de otorgamiento de amparo consecuencias mucho más beneficiosas para la efectividad del derecho fundamental. Además, un mayor activismo en esta tarea habría espoleado el interés de los poderes públicos competentes para enfrentar los problemas estructurales y organizativos que todos conocemos.

En realidad el problema es más complejo de lo que parece a primera

---

53. CABRERROS, E., *La responsabilidad...*, cit., p. 54.

54. MONTERO AROCA, J., «Responsabilidad del Estado y tutela del ciudadano por los daños producidos con ocasión del ejercicio de la jurisdicción», *Justicia*, IV, 1987.

55. DELGADO DEL RINCÓN, J. L., *La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez...*, cit. p. 100.

vista, pues la doctrina constitucional sobre esta materia, en sí misma, es satisfactoria, como veíamos anteriormente. La recepción de la sentencia del TEDH en el caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., fue modélica, y desde entonces se rechaza sistemáticamente que la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el órgano judicial pueda justificar la dilación. Lo que sucede a menudo es que esta doctrina ha sido privada de contenido por la utilización de otros criterios que, ellos sí, conducen en la práctica a resultados fuertemente restrictivos. No nos referimos, por supuesto, a criterios que ya han sido ampliamente elaborados por la teoría general, y que encontramos usualmente en la jurisprudencia del TEDH (complejidad del asunto, comportamiento de las partes en el proceso, comportamiento de las autoridades competentes y en particular del propio órgano judicial, importancia del litigio para el interesado y magnitud de los perjuicios sufridos por la dilación, etc), sino a otros que son propios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Aunque no tienen relación directa con el objeto de nuestro estudio, los citaremos brevemente, pues son ellos los responsables de que los resultados finales de dicha jurisprudencia no sean tan satisfactorios para la efectividad del derecho fundamental como a primera vista podría suponerse.

A) Empezaremos por los referidos al ámbito temporal.

a) En primer lugar, la continuada y sospechosa afirmación de que el artículo 24 CE no ha constitucionalizado el derecho a los plazos<sup>56</sup>. Una cosa es reconocer que el incumplimiento de los plazos procesales no es constitutivo, por sí mismo, de vulneración del derecho fundamental (entre otras cosas porque, si se hiciera, pocos procesos en nuestro país se salvarían del escrutinio) y otra muy diferente es rechazar que dicho incumplimiento, sobre todo cuando no es una práctica excepcional, no pueda ser un criterio objetivo relevante para la definición del concepto de dilaciones indebidas. La doctrina elaborada por el TEDH en relación con la exigencia del «plazo razonable» no hace referencia directamente a esta cuestión, ciertamente, pero ello es debido al hecho de que el Convenio no establece un régimen procesal, sino un concepto jurídico indeterminado que ha debido ser

---

56. La STC 5/1985, cit., FJ 5º, citando precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981, 13 de abril de 1983 y 14 de marzo de 1984, decía que «el concepto del artículo 24.2 (dilaciones indebidas) no se identifica con la sola retardación o detención, medida acudiendo a los plazos que para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso».

interpretado al margen de las concretas normas procedimentales de las legislaciones nacionales.

b) Más preocupante nos parece el hecho de que el Tribunal Constitucional no ha dejado de citar como criterio de objetivación de las dilaciones indebidas los tan criticados conceptos «estándares de actuación», «rendimientos normales en la Administración de Justicia según el volumen de los asuntos», etc., que ya fueron rechazados en 1985 por el conocido voto particular de Tomás y Valiente a la STC 5/1985. Así, por ejemplo, sentencias muy recientes se refieren a la «duración normal de procesos similares»<sup>57</sup>, o los «márgenes ordinarios de duración de litigios del mismo tipo»<sup>58</sup>, añadiéndose a veces para justificar el otorgamiento del amparo que «se han rebasado estos márgenes»<sup>59</sup>. Afortunadamente el peso específico de estos criterios no es importante en la apreciación de las dilaciones ni en su calificación como indebidas.

c) Por último, las sentencias del Tribunal Constitucional no suelen incluir como cuestión de previo pronunciamiento, al contrario de lo que hace el TEDH, el período de tiempo a considerar, que sirve de base para la consideración de la existencia o no de dilaciones indebidas<sup>60</sup>. Tanto es así que a menudo ésta es una de las cuestiones más debatidas que exigen solución por parte del Tribunal<sup>61</sup>, habiéndose establecido unas reglas relativamente claras: en los procesos penales el período a considerar se inicia con la acusación o imputación, o bien, si se han producido con anterioridad, con el arresto o con la apertura de diligencias preliminares, y termina con el fallo que resuelve sobre el fundamento de la acusación, incluida la apelación; en los demás procesos la fecha inicial es, normalmente, la del ejercicio de la acción, aunque varias veces el TEDH ha incluido, por lo que se refiere a los procesos contencioso-administrativos, el tiempo transcurrido durante la reclamación en vía administrativa.

---

57. STC 198/1999, de 25-10, FJ 3º.

58. SSTC 180/1996, de 12-11, FJ 4º; 125/1999, de 26-6, FJ 3º; 43/1999, de 22-3, FJ 3º; 160/1999, de 14-9, FJ 3º.

59. STC 223/1988, cit., FJ 3º.

60. Sobre este tema es interesante la elaboración realizada por Enrique García Pons, con abundante jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional. GARCÍA PONS, E., *Dilaciones indebidas...*, cit. p.132 y ss.

61. Por ejemplo, en la STEDH caso Paccione, de 27-4-1995, la diferencia de fechas sobre el momento en que comenzaba el período a considerar, según la apreciación del recurrente y del Gobierno italiano, era de más de cinco años.

Nada de esto se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que carece de reglas precisas y generales sobre esta cuestión; aunque, cuando las tiene, no suelen beneficiar al recurrente.

- nunca se computa el período de tiempo transcurrido en vía administrativa, pese a que muchas veces esa reclamación previa es imprescindible para acudir ante la jurisdicción

- son numerosas las sentencias en las que no se tiene en cuenta el período de tiempo transcurrido con posterioridad a la presentación del recurso de amparo, lo que comporta un descuento que a veces llega a los dos años<sup>62</sup>

- hay casos en los que la situación es más chusca, pues el Alto Tribunal computa solamente el tiempo transcurrido desde la última resolución judicial en el proceso. Así, la STC 43/1999, denegó el amparo pues consideró que «la dilación alegada consiste concretamente en el transcurso de seis meses desde la fecha de la última resolución judicial [...]; a lo que hay que añadir un nuevo plazo de dos meses desde la anterior denuncia hasta la interposición de la demanda de amparo. De suerte que se trata, en total, de un retraso de ocho meses[...]». No es, ésta, en opinión del Tribunal, una dilación constitucionalmente relevante. Sin embargo, lo que no se dice en la fundamentación jurídica de la sentencia es que cuando se presentó el recurso de amparo el proceso ya se alargaba dos años y dos meses, y que, a su vez, traía causa de un proceso penal anterior<sup>63</sup>

B) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional es, a veces, excesivamente formalista en la exigencia de determinados criterios procesales para la admisión de los recursos o para el reconocimiento de su contenido constitucional. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la invocación previa del derecho constitucional vulnerado en el proceso, exigida por el artículo 44.1.c) de la LOT con el fin de mantener el carácter subsidiario del recurso de amparo, que a menudo es interpretada de tal forma que produce denegaciones injustificadas del amparo<sup>64</sup>.

---

62. «No deben ser tenidas en cuentas las demoras que, mencionadas por los actores en el escrito de alegaciones, hayan podido tener lugar tras la admisión del recurso interpuesto por aquéllos contra las diligencias de ordenación [...] pues tales retrasos habrían acaecido en todo caso después de haberse deducido la demanda de amparo, que impide que puedan ser tomados en cuenta por el Tribunal al emitir su fallo». STC 10/1991.

63. STC 43/1999, de 22-3, FJ 3º.

64. La STC 18/2000 ha denegado el amparo porque la invocación del derecho vulnerado se hizo «una sola vez y cuando las dilaciones a que se refería ya habían sido consumadas». (Se trataba de un proceso en el que la fase de instrucción había durado dos años, y nueve la de plenario,

C) Lo explicado hasta ahora son problemas menores, que operan en aspectos concretos pero no afectan a la consideración general de la doctrina del Tribunal Constitucional en la aceptación de la vertiente prestacional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Consideración que, como decíamos anteriormente, merece un juicio positivo. Sin embargo, es ahora cuando abordamos el aspecto más conflictivo de la cuestión: por mucho que el Alto Tribunal otorgue el amparo por la vulneración del derecho fundamental, lo cierto es que la mayoría de las sentencias apenas producen efectos que el justiciable afectado pueda apreciar de forma sensible. Es duro decirlo, pero es así: en la gran mayoría de los casos estas sentencias no sirven absolutamente para nada.

Veamos esta efectividad en cada caso concreto:

a) Si el proceso principal ya ha terminado, puede ser que el Tribunal no otorgue el amparo, consciente de la inutilidad de su decisión<sup>65</sup>; o puede ser que sí lo haga con efectos puramente declarativos, de acuerdo con el artículo 55.1.b) de la LOTC. En cualquiera de los dos casos la efectividad del fallo es nula.

b) Si el proceso *a quo* no ha terminado todavía, lo que significa que la dilación todavía subsiste en el momento de dictarse la sentencia de amparo, existen dos pronunciamientos posibles. En el primero de ellos, si la vulneración es debida a paralizaciones u omisiones en el proceso, el fallo reconoce el derecho fundamental vulnerado y exige al juez o Tribunal *a quo* que ponga fin a la dilación de forma inmediata, dictando la oportuna resolución<sup>66</sup>; si, por el contrario, la vulneración ha sido causada por un acto concreto, por ejemplo el señalamiento para la vista con una tardanza excesiva, el Tribunal Constitucional declara la nulidad del acto en cuestión y restablece al recurrente en su derecho ordenando un señalamiento más

---

con una paralización reconocida por el Tribunal de ¡seis años! ); la STC 118/2000 denegó el amparo respecto a un proceso resuelto con ¡nueve años de retraso! porque los sucesivos escritos del recurrente eran «simples denuncias de la “inoperancia judicial”, pues en ellas no se instaba la reanudación del proceso paralizado sino la adopción de medidas judiciales que restauraran materialmente la injusta situación que, en su opinión, se producía por los hechos denunciados»; la STC 75/1999 denegó igualmente el amparo porque, con posterioridad a la presentación del recurso, se produjo sentencia en el proceso principal y el recurrente no presentó apelación contra la misma. La contradicción con otros fallos en los que se afirma que el objeto del amparo queda definido por el contenido del escrito de demanda es flagrante.

65. Inicialmente el Tribunal exigía como condición previa que el proceso no hubiese finalizado. Esta tesis ha sido, en gran medida, abandonada.

66. Por ejemplo, STC 10/1991. cit.

próximo<sup>67</sup>. El fallo no puede eliminar el retraso ni tampoco los perjuicios ocasionados, aunque sí limitar los efectos nocivos de los retrasos futuros.

c) En este último caso puede también suceder que el Alto Tribunal reconozca que estos señalamientos se realizan por riguroso orden de tramitación, por lo que exigir el adelantamiento de aquél al que se otorga el amparo conduciría a discriminar a todos los demás, y nuevamente se limita a un fallo declarativo y reconoce su impotencia para enfrentarse con la vulneración. La STC 20/1999, dictada en un caso en el que la Sala había fijado la fecha de 15 de enero de 2003 para la votación y fallo de unos autos conclusos a 18 de mayo de 1998 (una paralización anunciada de cuatro años y medio), es tan significativa que no podemos evitar su transcripción: «al desestimar el recurso de súplica de la recurrente la Sala sentenciadora razona que el orden cronológico es el establecido por la Ley y no podemos sustituirla en esa apreciación, en modo alguno arbitraria, de la legalidad vigente, cuya constitucionalidad no se ha puesto en duda. A lo que cabe añadir que [...] por consiguiente, el retraso es estructural, la anticipación de su señalamiento que pudiera remediar la dilación que aduce, agravaría la de otros. El otorgamiento del amparo no puede ser, pues, sino parcial, dado que este Tribunal no puede entrar en los problemas estructurales del funcionamiento de la Administración de Justicia que, sin embargo, no impiden el otorgamiento del amparo»<sup>68</sup>. Una vez más, inefectividad total.

Así pues, en la mayoría de los casos los daños causados por las dilaciones son irreversibles y el otorgamiento del amparo no los resuelve, ni siquiera cuando la paralización todavía se mantiene y la sentencia exige al juez o Tribunal que actúe con diligencia. Nunca hay forma de restablecer al recurrente en la plenitud de su derecho o libertad, como quiere el artículo 55 1.c) de la LOTC.

La única posibilidad de mantener cierta operatividad a este mandato sería el recurso a fórmulas sustitutorias, y muy particularmente las de carácter indemnizatorio. Pues bien, hasta la fecha el Tribunal Constitucional se ha negado tajantemente a esta solución. El artículo 55.1.c) de la LOTC, se dice, no incluye la menor posibilidad de pronunciamientos indemnizatorios en el contenido de las sentencias de amparo y nada, ni los numerosos recursos que en su petición incluyen esta demanda, ni las críticas generalizadas

---

67. Por ejemplo, STC 195/1997, de 11-11, en la que la Audiencia Provincial de Alicante señaló fecha para la vista de una apelación para tres años y cuatro meses más tarde.

68. STC 20/1999, de 22-2, FJ 3º.



de la doctrina<sup>69</sup>, ni la posición favorable de algunos de sus magistrados incorporada en los correspondientes votos particulares, ni el hecho cierto y reconocido de que con esta actitud el derecho fundamental queda vacío de contenido, han conseguido hasta ahora que el Alto Tribunal varíe su posición en este tema. Posición que no podemos compartir en absoluto, pues ni existen datos que permitan suponer que esa era la voluntad del legislador al aprobar el artículo 55.1.c) de la LOTC, ni una interpretación sistemática del precepto, muy similar a los artículos 42 y 84 de la antigua Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conduce a dicha solución. Es más, la propia LOTC contiene elementos suficientes para orillar el silencio, que no la prohibición, del mencionado precepto; así, el artículo 92 habilita al Tribunal para disponer lo necesario sobre la ejecución de la sentencia, cuestión ésta importante si, a lo que parece, el principal motivo del rechazo es la alergia del Alto Tribunal a asumir decisiones que no parecen corresponder a su especial posición como supremo intérprete de la Constitución<sup>70</sup>.

Como ya ha sucedido en otras materias, tampoco en ésta la línea seguida por la jurisprudencia constitucional ha sido clara y continuada.

a) Inicialmente la posición contraria al resarcimiento por vía de indemnización, expresada en numerosas decisiones (ATC 110/1981, SSTC 37/1982, 22/1984, 50/1989, etc.) pareció atemperarse o incluso fue contrariada por dos sentencias importantes: la STC 36/1984 afirmó que, independientemente de las previsiones del artículo 121 CE, «la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones genera, por mandato de la Constitución, cuando no puede ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce»; poco después, la STC 5/1985 fue aún más lejos al afirmar que «esta es la solución que

---

69. Entre las más significativas citaremos solamente a PÉREZ MUÑOZ, MÁXIMO, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *La Ley*, 4, 1991; GIMENO SENDRA, VICENTE y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional, internacional)*, Cóllex, Madrid, 1994; GARCÍA LLOVET, ENRIQUE, «Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, 1992; FERNÁNDEZ -VIAGAS, PLÁCIDO, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994.

70. Para la crítica a la posición del Tribunal Constitucional y a su carencia de fundamento nos remitimos a Díez-Picazo GIMÉNEZ, IGNACIO, «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», en la obra *La sentencia de amparo constitucional*, CEC, Madrid, 1996. También es interesante, en la misma obra, el trabajo de XIOL RÍOS, JUAN ANTONIO, «Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo, «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»».

con naturalidad se aplica por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 50 del Convenio, y la que este Tribunal (STC 14 de marzo de 1984) ha acogido» Y, para resolver las dudas que pudieran plantearse con decisiones anteriores contradictorias, insistía en que no debía verse en esa afirmación «una ruptura con una línea jurisprudencial anterior [...] pues lo que resuelven esos textos jurisdiccionales es que la responsabilidad patrimonial y el derecho indemnizatorio al respecto no se canalizan jurisdiccionalmente por la vía del amparo». Así, pues, el Tribunal Constitucional no excluía su competencia para decidir sobre la cuestión, y si no entraba en ella era por no haberlo solicitado el recurrente ni ser parte en el litigio la Administración del Estado.

b) Posteriormente se ha impuesto la línea doctrinal contraria, aunque con diferentes matizaciones, que explicaremos con la cita de la jurisprudencia más reciente. En algunos casos el Tribunal Constitucional rechaza sin más la petición de indemnización por estar fuera de su competencia; en otras ocasiones, en cambio, ha argumentado con más detenimiento su negativa, como hizo en la STC 33/1997, en la que salió al paso de las críticas definiendo en un fundamento jurídico muy elaborado los diferentes factores que concurren en la declaración de resarcimiento<sup>71</sup>.

Pese a ello, en varias ocasiones se han producido importantes votos discrepantes sobre esta materia. El primero lo firmó el magistrado Fernando García-Mon, precisamente en relación con la sentencia que acabamos de citar, aunque entendemos que no representaba un cambio sustancial respecto a la tesis en que se sustentaba la misma; posteriormente hubo otro voto discrepante, firmado por el magistrado Manuel Jiménez de Parga<sup>72</sup>, que se apoyaba en sentencias anteriores, como la STC 109/1997.

c) La tesis central que se mantiene es que la pretensión resarcitoria debe plantearse por la vía del artículo 121 CE, sobre responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que coincide con la posición defendida por algunos representantes de la doctrina<sup>73</sup>; De esta manera la declaración de vulneración del derecho fundamental en sede constitucional no está desprovista de eficacia práctica,

---

71. Es decir, la lesión patrimonial como factor material, el hecho antijurídico y la relación de causalidad entre ambos, que en su conjunto exigen una operación que se produce en el plano de la legalidad y, por ello, es competencia privativa de jueces y tribunales (STC 33/1997, de 24-2, FJ 3.º).

72. STC 125/1999, de 26-6. Voto particular formulado por el magistrado Don Manuel Jiménez de Parga.

73. Por ejemplo DIEZ PICAZO, IGNACIO, Reflexiones..., cit. p. 57.

pues «puede servir de “título” para acreditar el funcionamiento anormal», según se decía en la STC 33/1997, antes citada. Y, en efecto, hay sentencias en las que se ha reforzado este carácter del otorgamiento del amparo, como sucedió en la STC 31/1997, de 24-2 (que reconoce que el amparo no produce efectos sobre la dilación, pero tiene una «proyección útil por constituir el presupuesto del derecho a una eventual indemnización de daños y perjuicios[...]»), o en la STC 180/1996, de 12-11, la única que hizo expresamente el reconocimiento del derecho a la indemnización en el fallo y no en los fundamentos jurídicos. («Restablecer al recurrente la integridad de su derecho mediante la correspondiente indemnización, en su caso, a cargo del Estado»).

d) El problema de fondo, pues, es el valor que ha de darse al otorgamiento del amparo en estos casos. Que el recurrente puede instar la reclamación de indemnización por la vía del artículo 121 CE es cosa sabida, y no hacía falta que el Tribunal Constitucional nos lo recordase. Pero, y a esto se refería el voto particular de Jiménez de Parga, ¿significa eso que en ese procedimiento deben seguirse necesariamente todos los pasos previstos por la normativa que lo regula, como si no hubiese existido el pronunciamiento en sede constitucional? (dictamen del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial, resolución del Ministerio de Justicia, recurso contencioso-administrativo, etc.). O, por el contrario, ¿debe considerarse que la sentencia de amparo ya ha apreciado el funcionamiento anormal, y el Ministerio de Justicia debe limitarse a determinar el perjuicio causado y el montante de la indemnización? ¿podría llegarse al absurdo de que, pese a la declaración en amparo de la vulneración del derecho, el procedimiento en sede administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, llegase a la conclusión de que no ha habido funcionamiento anormal de la Administración de Justicia? Esta es la cuestión que, hasta ahora, no parece haber sido resuelta.

## V. CONCLUSIONES

Las conclusiones que podemos extraer de todo lo dicho son simples en su formulación y, en cambio, enormemente complejas en la realización de las propuestas que contienen. Estamos convencidos de que la tutela judicial sólo será, como quiere la Constitución, «efectiva», si la configuramos como un auténtico derecho de crédito, en el que los ciudadanos puedan exigir a los poderes públicos una organización de la Administración de Justicia capaz de impartir la tutela con calidad y diligencia. Eso significa,

por supuesto, una dotación adecuada de medios personales y materiales, una organización racional de la oficina judicial y, sobre todo, una planta judicial redimensionada para hacer frente al incremento de la litigiosidad que se observa desde hace años en nuestro país. Sin olvidar al mismo tiempo que los criterios de cantidad deben ir acompañados con los de calidad y, consecuentemente, con la exigencia coherente de formación inicial y continuada para todos aquéllos que asumen las tareas de la Justicia.

Este derecho a la organización de la Justicia no valdría nada si los medios de protección de que disponen los ciudadanos no incluyesen medidas efectivas y rápidas que, junto al restablecimiento de su integridad, garantizaran el pleno resarcimiento de los perjuicios que han sido ocasionados, precisamente, por defectos e insuficiencias en dicha organización. Entendemos que es esta cuestión la que está mal resuelta en nuestro ordenamiento, hasta el punto de que incluso el reconocimiento de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que es el que resulta más afectado por este problema, pocas veces permite subsanar el perjuicio ocasionado. Las propuestas que hacemos a continuación quizás podrían aliviar en algo esta situación.

Comprendemos que se les podrían hacer múltiples objeciones, desde las de naturaleza exclusivamente presupuestaria hasta las que afectan a la propia concepción constitucional del Estado de las Autonomías. Además, sus resultados no serían completos si no van acompañados de un mayor activismo del Tribunal Constitucional, lo que exigiría no sólo que superase algunos formalismos excesivos, sino también que entrase con más decisión en el examen de las circunstancias de índole estructural y organizativa que ocasionan las dilaciones, como ya hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, sobre todo, que acometiese la solución del que sin duda es el auténtico punto negro de su actuación en esta materia: la mínima efectividad y utilidad para el recurrente (diríamos que es casi nula) que tienen las sentencias que otorgan el amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En esta misma línea las Cortes Generales, el Gobierno y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas tienen en sus manos la posibilidad de adoptar medidas que permitan a los ciudadanos un más completo y más rápido resarcimiento de los perjuicios que les ocasionan las insuficiencias y carencias de la Administración de Justicia, con lo que el derecho constitucional reconocido en el artículo 121 CE quedaría configurado como la clave de bóveda del derecho a la organización de la Justicia. Sin duda estas medidas tendrían también un coste económico importante. Pero, en última instancia, lo que se

conseguiría con ellas no es otra cosa que dar plena validez y eficacia a algunos preceptos constitucionales que no andan muy sobrados de ella.

Las reformas legales que proponemos no son muy numerosas. Se limitan a la Ley Orgánica del Poder Judicial y, quizás, a algunas otras normas de menor importancia.

1. Reforma del procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tal como está regulado en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tal manera que las sentencias de otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sean título suficiente para la petición de la indemnización. La sentencia en sede constitucional ya contiene la constatación del funcionamiento anormal en grado máximo, puesto que ha vulnerado el derecho fundamental; así, pues, la única cuestión a determinar en el proceso administrativo y, en su caso, en la reclamación contencioso-administrativa debe ser la evaluación del perjuicio y del montante de la indemnización.

2. En la misma línea, el procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial en los casos de funcionamiento anormal simple, cuando no ha habido vulneración del derecho fundamental, debe ser reformado para agilizar su tramitación y limitar el excesivo nivel de discrecionalidad que tiene actualmente. Dicha reforma debe tener cobertura legal, aunque no parece necesario que se incluya en la LOPJ y, en la medida en que se transfiera a las Comunidades Autónomas la competencia para tramitar y acordar las reclamaciones, debería contener unos principios básicos comunes con el fin de asegurar un tratamiento común a todos los administrados, de acuerdo con el mandato del artículo 149.1.18 CE.

A) La operación tendente a determinar la existencia de funcionamiento anormal, la primera que debe ser acometida en una secuencia lógica, debe ser realizada mediante la utilización de unos criterios inspirados en principios de objetividad y certeza; concretamente, cuando la anormalidad alegada es el retraso, que es lo que sucede en la mayoría de los casos, no tiene ningún sentido analizar en ese momento cuestiones como la importancia que el litigio tiene para el interesado, o el perjuicio que éste haya podido sufrir. Por supuesto, en ningún caso entendemos que deba considerarse como elemento corrector la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el órgano judicial, la escasez de medios materiales o personales o los problemas organizativos. En cuanto

al comportamiento de las partes en el proceso, sólo una actuación basada en mala fe o en un notorio interés por alargar su duración más allá de lo normal podría justificar el retraso.

B) El criterio determinante debe ser siempre la duración legal del proceso, tal como se desprende de la normativa procesal. Eso no significa que un simple incumplimiento de plazos deba ser considerado, *per se*, funcionamiento anormal, sino que lo normal es lo que se ajusta a la norma, la que el propio legislador estableció y consideró como razonable. Por ejemplo, si la duración de un juicio de menor cuantía, tal como resulta de la legislación procesal vigente, debe ser de 100 días, la de un juicio de cognición 65 días y la del verbal 36, cualquier proceso cuya duración exceda de forma exagerada estas cifras (por ejemplo, que las multiplique por tres o por cuatro veces) debe considerarse, en principio, afectado por un retraso irrazonable. En estos casos sólo la complejidad del asunto podría servir de justificación, aunque no siempre ni en cualquier circunstancia.

No obstante, entendemos que en determinados casos el período de tiempo a considerar no puede ser el de la duración total del proceso, sino el de partes determinadas del mismo cuando presenten características propias y la paralización producida haya sido susceptible, por sí misma, de causar perjuicio (por ejemplo un retraso excesivo en la adopción de medidas cautelares). Asimismo debe entenderse que cada instancia constituye un procedimiento completo, de forma que el retraso podrá apreciarse exclusivamente en relación con la primera instancia, la apelación o la casación.

C) Una vez calificado el funcionamiento como anormal podrán emplearse otros criterios para apreciar el nexo de causalidad con el perjuicio ocasionado, y para la determinación de la indemnización correspondiente, que deberá incluir en todo caso los daños morales y el lucro cesante, si se hubiera producido. Será entonces cuando puedan utilizarse criterios como la importancia que el litigio tiene para el interesado, u otros similares.

3. La transferencia a las Comunidades Autónomas de la competencia para tramitar las reclamaciones por funcionamiento anormal, una vez hayan recibido el conjunto de competencias en materia de medios personales y materiales de la Administración de Justicia, aportaría mejoras indudables, en particular por lo que respecta a la celeridad y a la inmediatez de las autoridades competentes para conocerlas. Naturalmente, esta competencia operará solamente en relación con el funcionamiento anormal deducible de

procesos realizados ante órganos judiciales cuya competencia se ejerza en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. Por lo tanto, el Ministerio de Justicia conservará la tramitación de las reclamaciones referidas a procesos seguidos ante los Juzgados Centrales (de Instrucción y de lo Contencioso-Administrativo), la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo.

Las leyes de las Comunidades Autónomas decidirán qué órgano es el competente para tramitar los expedientes de reclamación, aunque parece lógico que el acuerdo final corresponda, como *mínimo*, al nivel de Consejería. También debe exigirse el dictamen preceptivo de la Sala de gobierno del Tribunal Superior de Justicia.

4. El ejercicio de esta competencia debe entenderse en el contexto de un proceso mucho más amplio de territorialización de la Justicia y de una mayor adecuación de la misma a la naturaleza del Estado Autonómico. Eso significa, más concretamente:

A) La efectiva asunción por las Comunidades Autónomas de todas las competencias en materia de administración de la Administración de Justicia y, muy especialmente, de las que se refieren a la gestión del personal al servicio de la Administración de Justicia. Para ello sería conveniente eliminar la calificación de nacionales a los cuerpos de oficiales, agentes, auxiliares y médicos forenses, que no tiene ninguna justificación constitucional.

B) Asimismo, las competencias en materia de Justicia que actualmente ejerce el Gobierno, que por su propia naturaleza no son susceptibles de ser integradas en la cláusula subrogatoria y, por lo tanto, ejercidas por las Comunidades Autónomas, deberían ser objeto de un tratamiento común en el marco de opciones de cooperación interinstitucional. Fundamentalmente nos referimos a cuestiones como el diseño de la Planta judicial, la determinación de las demarcaciones judiciales, la creación de nuevos juzgados y secciones, y otras similares. La institucionalización de una Conferencia Sectorial de Justicia, sin duda, podría ser un buen comienzo.

Diciembre de 2005





# LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL<sup>1</sup>

MARC CARRILLO

*Consejero del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña  
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra  
(Barcelona)*

## SUMARIO

*1.- LA TUTELA CAUTELAR COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL: LAS EXPERIENCIAS DEL DERECHO COMPARADO, EN ESPECIAL EN ESPAÑA, FRANCIA, REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA E ITALIA. 2.- LOS NUEVOS CRITERIOS Y MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL TRAS LA LEY 29/1998 (LJCA).*

---

1. Esta ponencia tiene su origen en apartados de sendos trabajos de autor. La primera parte, procede de un epígrafe del capítulo V del libro *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997; y la segunda, forma parte del apartado cuarto del artículo, «La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: la nueva regulación en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa». *Cuadernos de Derecho público*, N. 7 V. p. 155-180, Madrid 1999.

# 1. LA TUTELA CAUTELAR COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL: LAS EXPERIENCIAS DEL DERECHO COMPARADO, EN ESPECIAL EN ESPAÑA, FRANCIA, REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA E ITALIA

No cabe duda que las relaciones jurídicas en las que la Administración actúa revestida de su potestad de *imperium* están presididas por una evidente desigualdad de las partes. De hecho esta es una característica innata al poder público<sup>2</sup>. La promulgación de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (LPJ) supuso la introducción de un cambio relevante en esta posición hegemónica de los órganos públicos en su cada vez más amplio ámbito de actuación material. De las innovaciones procesales que la LPJ presentó, la medida cautelar consistente en la suspensión del acto o disposición impugnados, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público, fue sin duda la más relevante con respecto a la regulación prescrita por la LJCA.

La razón no es otra que la equiparación procesal que se proporciona al actor en una materia como es la referida a los derechos fundamentales de la persona. La ubicación del individuo en el Estado o, si se quiere –en términos de la dogmática clásica– su posición frente a los poderes públicos ya no puede estar presidida por una permanente subordinación; la protección de los derechos y libertades en el Estado democrático demanda una concepción mucho más activa de la persona como sujeto imputable. En este sentido, una configuración más simétrica de las leyes procesales es un presupuesto necesario para una tutela más integral del estatus de libertad del individuo.

La configuración del objeto de la medida cautelar en la LPJ palía uno de los problemas que se planteaban en la Ley Jurisdiccional. Como es sabido, aquél no era otro que el carácter restringido de su campo de actuación, reducido a los actos positivos de limitación o gravamen. Como ha puesto de manifiesto Parejo<sup>3</sup>, de ello se seguía la ausencia de toda cobertura no sólo en los casos de inactividad administrativa –cada vez más numerosos– sino del resto de la actividad administrativa positiva no limitadora o interventora.

---

2. Vid. GÓMEZ FERRER-MORANT, R., «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», REDA n.º 33, Madrid 1982, p. 185

3. Vid. PAREJO, L., *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid 1983, p. 286

La suspensión del acto administrativo según el modelo de la LJCA se ha convertido en una técnica cautelar de escasa relevancia en una Administración cada vez más expansionista, que responde a patrones jurídico-políticos que, aún conservando las tradicionales formas de tutela cautelar, exigen, no obstante, nuevas modalidades de instrumentos que garanticen los derechos e intereses legítimos de individuos y grupos que concurren con los órganos públicos en los diversos ámbitos de la intervención administrativa. Hoy, la Administración pública es contratante, concertadora y prestadora de servicios de forma individualizada y –las más de las veces– en colaboración con entes privados, lo que exige al ordenamiento jurídico-administrativo dotarse de mecanismos que faciliten un nivel de equiparación aceptable entre entes públicos y particulares. Desde la perspectiva del sujeto receptor de la actividad administrativa, es decir, esencialmente, desde el ámbito de los derechos de la persona, el principio de eficacia administrativa no puede ir en detrimento de aquellos y por esta causa deberá ceder si las garantías procesales son cuestionadas<sup>4</sup>.

Las medidas cautelares pretenden la obtención de la tutela judicial sobre intereses legítimos cuya salvaguarda se plantea durante el desarrollo del proceso y con anterioridad a una sentencia firme. Presentan una clara dimensión de garantía sobre el contenido de bienes jurídicos al objeto de evitar que la ejecutividad del acto administrativo –aún en la eventualidad de que sea declarado posteriormente nulo– produzca efectos irreversibles.

No hay que olvidar que la teoría general del acto administrativo se ha basado y en la actualidad también se fundamenta en una doble condición: la presunción de validez y en la ejecutoriedad de su contenido. Como muy bien ha expresado Chinchilla Marín<sup>5</sup>, no hay que ver en ello un arma arrojadiza que la Administración emplee contra la persona sino que aquélla es, precisamente, la forma habitual de actuación de la Administración pública para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido encomendados (art. 103.1 CE) y, más genéricamente, para la defensa del interés público. Sin embargo, el principio de ejecutividad de los actos administrativos no puede concebirse en términos absolutos, sino más bien como un elemento más de un entramado institucional del Estado de Derecho comprometido con el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de jueces y tribunales. De tal manera que el

---

4. Vid. STS 17/7/1982

5. Vid. CHINCHILLA MARÍN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Civitas. Madrid 1991, p. 28.

control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa ha de permitir la plena eficacia de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. Cuando el art. 106.1 de la CE preceptúa que el citado control jurisdiccional se ha de proyectar también sobre «el sometimiento de ésta –la Administración– a los fines que la justifican» está poniendo especial énfasis en la eficacia y en la justicia de una resolución judicial. A este respecto, y como es harto sabido, de poco servirá una sentencia estimativa de una pretensión sobre un derecho fundamental si la ejecutividad del acto o disposición impugnados ha diluido cuando no anulado sus hipotéticos benéficos efectos. Las medidas cautelares se plantean, en fin, como un instrumento que debe evitar que la justicia pierda eficacia por causa de la demora y, para ello, se han de articular las fórmulas jurídicas más diversas imbuidas de la máxima lógica garantista. El objeto no ha de ser otro que el aseguramiento provisional de bienes, derechos o situaciones jurídicas del contenido más heterogéneo.

La importancia que cobra el sistema de medidas cautelares que pueda contemplar un ordenamiento jurídico es decisiva para el diseño de un remozado sistema de garantías jurisdiccionales. Desde esta perspectiva, no hay obstáculo en afirmar que el proceso cautelar, como señala Carnelutti, se contrapone al que el mismo autor designa como proceso definitivo, entendiendo por tal aquél cuyos efectos sobre la *litis* se producen sin mediación de otro proceso. Por el contrario, el proceso cautelar es el que se constituye como garantía para llevar a buen fin el proceso definitivo<sup>6</sup>. Por tanto, en razón de la función mediata que lo caracteriza, el proceso cautelar implica la existencia de dos procesos respecto de una misma *litis*. Cuestión distinta es que esta duplicidad procesal ideada por el jurista italiano encuentre soporte en el ordenamiento jurídico español donde la medida cautelar de la suspensión se sustancia como simple pieza separada respecto del procedimiento principal. Pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Parece oportuno recuperar ahora alguna de las características básicas que la doctrina ha atribuido a las medidas cautelares, adaptadas a la especificidad que presenta un procedimiento como el diseñado por la Ley 62/78<sup>7</sup>.

1) *El carácter jurisdiccional*: la suspensión cautelar del acto o disposición administrativa impugnados se solventa en un procedimiento de esta

---

6. Vid. Citado por GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1979, p. 230

7. Se sigue aquí el planteamiento que aparece en *ibídem*, p. 231.

naturaleza porque es el tribunal o, en su caso, el juez ordinario quien decide a través de un auto motivado; y lo hace en forma de pieza separada. Es, pues, una decisión que corresponde a la autoridad judicial; lo cual no empece, para que también el órgano administrativo demandado pueda adoptar medidas de esta naturaleza, como es el caso alemán.

2) *El carácter urgente o perentorio* dadas las consecuencias irreversibles que puede tener la ejecutividad del acto administrativo sobre los derechos e intereses legítimos del recurrente. Con la suspensión se persigue evitar un daño jurídico, sin prejuzgar el sentido de la decisión jurisdiccional sobre el fondo del asunto. El órgano judicial ha de resolver combinando la celeridad con la ponderación en la toma de la decisión<sup>8</sup>. La rapidez fundamentada en el peligro de lesión irreversible por el transcurso del tiempo (*periculum in mora*) ha de venir avalada por la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) que pueda colegirse de la fundamentación del recurso planteado por el actor.

3) *La provisionalidad*. Esta característica se pone de relieve en tanto en cuanto la suspensión puede seralzada cuando la sentencia no haya apreciado la pretensión que el actor ha expuesto en su recurso. También lo puede ser en cualquier momento del proceso si, como consecuencia de la aparición de causas sobrevenidas, el órgano judicial decide su levantamiento. En cualquier caso es evidente –como se acaba de apuntar– que la resolución que recaiga sobre la pieza de suspensión no predetermina el sentido de la resolución a tomar en el proceso definitivo. Sin embargo, ello no empece para que el juez o tribunal competente extreme la ponderación de su juicio ya que en el mismo confluyen tanto un derecho constitucionalmente protegido como un conjunto de intereses de orden general representados en la Administración demandada, y en ambos casos la tutela judicial ha de quedar preservada, con independencia de cual sea el factor que predomine.

Por otra parte, cuando la medida cautelar es la suspensión, su dependencia respecto del proceso principal es absoluta. No se entiende sin la previa iniciación de un procedimiento principal cuya prosecución puede ser negativa. Cosa distinta es la que puede producirse cuando la medida cautelar es de otra índole, como las que podrían aplicarse según el artículo 1.428 de la LECV.

---

8. Vid. CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 4.

4) *El carácter instrumental.* El objetivo de la medida cautelar es la preservación provisional de unos bienes jurídicos vinculados a unos fines a perseguir en un proceso ulterior, con el que están en relación de medio o fin. Esta interdependencia viene reforzada por la funcionalidad que en la mayoría de los casos ha de aportar la apariencia de buen derecho en la pretensión alegada, apariencia que debe encontrar su traducción definitiva en la sentencia posterior.

5) *La decisión sobre la medida cautelar corresponde a la ponderación del juez* que valorará su procedencia en función, por una parte, de la defensa de la integridad objetiva del derecho o derechos fundamentales afectados y que han sido alegados por el titular de los mismos y, por otra, de los intereses generales que puedan quedar afectados. Salvo en casos específicos previstos por la legislación positiva, el automatismo de la decisión judicial queda excluido, aunque es bien cierto que la tutela de los derechos fundamentales ocupa una posición de preferencia. En todo caso, el juez deberá tener presente en su ponderación del juicio cada uno de los tres criterios operantes sobre esta institución: la apariencia de buen derecho, el peligro de un retraso que podría alcanzar efectos irreversibles y la afectación lesiva.

6) *La medida cautelar puede imponer la aplicación de una contracautela* para garantizar los posibles efectos negativos deducidos de una pretensión inadecuada. Piénsese que, a pesar de la apariencia de buen derecho que el órgano judicial pueda identificar en el recurso, no queda en absoluto cerrada la posibilidad de que el juez pueda errar. En este sentido se ha dicho que la tutela cautelar es, en ocasiones y en cierta manera, una justicia a ciegas, que provoca riesgos que producen un daño injusto y al que hay hacer frente<sup>9</sup>. Ante ello, la fianza se presenta también como una cautela cuya finalidad es asegurar con carácter preventivo un eventual derecho de resarcimiento de daños en favor del demandado.

7) *La evolución legislativa*<sup>10</sup> en España sobre este particular ha sido significativa, siempre en la línea de atenuar los efectos inmediatos de la ejecutividad de los actos administrativos con la introducción de excepciones

---

9. Vid. CALAMANDREI *op. cit.* p. 45.

10. Véase al respecto, la STC 17/7/1982. Y también: FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSÉ M<sup>a</sup>, «La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos» RAP n.º 120, Madrid 1989, pp. 277-300.

al principio general. En este sentido, el contenido del artículo 122.1 de la anterior LJCA estableció este principio de ejecutividad junto con la excepción al mismo, entendida como una potestad del Tribunal y formulada en los siguientes términos:

- 1) La interposición del recurso contencioso no impedirá a la Administración ejecutar el acto o disposición salvo que el Tribunal acuerde lo contrario.
- 2) La suspensión del acto o disposición procederá cuando la ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación.

El criterio es, aquí, el de considerar como una excepción la posibilidad de la suspensión, en la línea tradicional de otorgar un trato preferente de presunción de legalidad a la actuación de la Administración. En esta misma línea fueron planteados los artículos 33 y 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), de 26 de julio de 1957, que regulaban la autotutela administrativa de la siguiente forma:

- 1) Los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado son inmediatamente ejecutivos, salvo en los supuestos en los que la disposición establezca lo contrario o requiera aprobación o autorización de un órgano superior.
- 2) La interposición de cualquier tipo de recurso –ya sea administrativo o judicial– no suspende la ejecución del acto impugnado; no obstante, la autoridad a quien compete resolverlo, podrá acordar la suspensión de oficio o a instancia de parte siempre que pudiese ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

La excepcionalidad de la suspensión era mantenida como criterio general.

Asimismo, la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958, mantuvo el mismo planteamiento pero con un planteamiento de contenido más reglado y objetivo al establecer que la petición de suspensión se haya de fundar en un acto administrativo nulo de pleno derecho, de los previstos en el artículo 47 de la citada ley.

Este proceso culminó con la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuyas innovaciones en relación a esta medida cautelar se expresan, de acuerdo lo preceptuado en los apartados 2, 3 y 4 de su art. 7 en los términos siguientes:

«2.- En el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la

suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado.

3.- De esta solicitud y en pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal y al abogado del Estado, y se requerirá al órgano del que dimana el acto impugnado para que en el plazo de 5 días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión.

4.- Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse.»

Probablemente esta es la innovación de mayor relevancia que la LPJ introdujo en el momento de su promulgación y la que ha originado mayor polémica por el uso que, como veremos más adelante, se ha hecho de ella en ocasiones. El planteamiento que hace de la medida cautelar es sustancialmente novedoso hasta el punto de considerar la suspensión del acto o disposición como criterio general y la apreciación prevalente del interés colectivo como excepción. Como consecuencia de ello, y en el mismo orden procesal, el planteamiento del recurso producirá los efectos de litispendencia, por lo que no podrá incoarse otro procedimiento que contenga el mismo objeto.

El problema que se ha derivado de esta importante modificación legislativa sobre la medida cautelar ha sido la tentación, confirmada en demasiados supuestos, a su utilización poco o nada fundamentada y, por tanto, abusiva. La búsqueda de la suspensión del acto administrativo impugnado a cualquier precio ha sido una actitud procesal en exceso habitual. Por esta razón, desde los primeros años de vigencia de la LPJ se hizo muy necesaria la labor fiscalizadora de los tribunales a fin de evitar la degeneración del procedimiento en una práctica procesal fraudulenta en relación a los fines de la Ley.

En su redacción inicial y hasta 1992, la LPJ también estableció un régimen especial en materia de orden público. Concretamente, en el apartado 5 del artículo 7º se establecía la suspensión *automática* de los actos administrativos que versasen sobre este ámbito de la actividad de policía de la Administración<sup>11</sup>. Sin embargo, la filosofía menos garantista

---

11. Su texto decía así: «La interposición del recurso contencioso-administrativo suspenderá, en todo caso, la resolución administrativa cuando se trate de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público, sin necesidad de afianzamiento o depósito alguno ni de los dictámenes



que –a mi juicio– ha inspirado la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), ha supuesto la derogación del citado precepto de la LPJ y el restablecimiento, para esta materia concreta, del principio de ejecutividad de los actos administrativos<sup>12</sup>. La contundencia de la medida tomada por la LOPSC parecía suponer, en principio, una vuelta a los criterios anteriores –más concretamente a los fijados en la LJCA y no tanto a los previstos en la LPJ– en lo tocante a las sanciones pecuniarias que, eventualmente, pueda imponer la Autoridad gubernativa en relación al ejercicio de derechos fundamentales, con una más que probable y específica incidencia sobre derechos políticos y de participación (reunión y manifestación, entre otros). Cabía pensar, digo, que la voluntad del legislador en materia de sanciones administrativas por vulneración de la seguridad ciudadana era introducir un criterio más duro, propiciando la ejecutividad del acto sancionador, sin perjuicio, por supuesto, del ulterior control judicial. En este sentido, la medida cautelar de la suspensión dejaba de ser automática para pasar a convertirse en una posibilidad alegable ante el juez, siempre que el interés general cifrado en la preservación del orden público y la seguridad ciudadana no quedasen lesionados por la medida preventiva. En este sentido, si el legislador derogaba una norma anterior que otorgaba carácter automático a la suspensión del acto impugnado, no era arriesgado pensar que lo hacía con voluntad de producir efectos disuasorios sobre determinadas personas que puedan convertirse en presuntos alteradores de la seguridad ciudadana. Por esta razón, parecía más lógico deducir que, sobre este aspecto, la finalidad era volver a la concepción de la medida cautelar entendida como excepción y no como regla general, que es lo que –salvo que el interés general lo impidiese– establecía y establece la LPJ. Porque de no ser así, resultaba difícil entender el sentido de la derogación del artículo 7.5 de la LPJ. En otros términos, que la diferencia entre la concepción que establece la LPJ sobre la medida cautelar y el carácter automático de ésta para los asuntos de orden público no es tan abismal como para entender que el legislador de la LOPSC no la rechazaba como criterio de aplicación general. En definitiva,

---

a que se refiere el apartado anterior». Salas y Tornos criticaron en su momento, con razón, que este tipo de suspensión únicamente afectase a sanciones pecuniarias en materia de orden público y dejase al margen otras originadas por motivos distintos. *Vid.*: «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales» RAP n.º 43, Madrid, 1980, pp. 52.

12. *Vid.* El art. 38.1 de la LOPSC establece que: «Las sanciones impuestas en las materias objeto de la presente ley serán ejecutivas desde que la resolución adquiera firmeza en la vía administrativa». Véase también el cuarto inciso de su disposición derogatoria.

que para este viaje no hacían falta tantas alforjas<sup>13</sup>.

Sin embargo, tras los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LOPSC, el TC ha realizado una loable interpretación en el sentido más favorable a las posibilidades garantistas que puedan deducirse del contenido de la ley. A diferencia de lo que, según se ha expuesto, cabía deducir de la interpretación hecha por el legislador de su propia reforma normativa (una vuelta al régimen cautelar establecido por la LJCA), la *ratio decidendi* del TC se fundamenta en la libertad de opción del recurrente a la hora de activar uno u otro procedimiento de garantía contencioso-administrativa. Con esta perspectiva, las condiciones de suspensión creadas a resultas de la derogación del artículo 7.5 de la LPJ «serán las de carácter general dispuestas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (arts. 122 y ss.) o, de ser ésta la vía procedente y elegida, las especiales que continúa previendo el artículo 7 de la misma Ley 62/1978 (apartados 2, 3, 4 y 6)»<sup>14</sup>.

Recuérdese al respecto, que el recurso planteado por los diputados del Congreso incluyó en su *petitum* el artículo 38.1 de la citada ley. Para los recurrentes, lo que en el mismo se dispone, reintroducía «en nuestro ordenamiento el criterio *solve et repete* y conculca la subordinación al control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la administración, deparando también una quiebra de la garantía judicial a la que los sancionados tienen derecho»<sup>15</sup>.

Con acertado criterio el TC negó que dicho precepto constituyese un reflejo de la *regla solve et repete*, pues aquél no se refería específicamente a las sanciones pecuniarias «sino a todas las impuestas en las materias objeto de la presente ley». Ni, por supuesto, tampoco pretende condicionar la

---

13. García Morillo ha argumentado que la derogación del art. 7.5 de la LPJ es debida a que el automatismo del precepto era razonable mantenerlo con anterioridad a la vigencia de la Constitución, ya que la antigua Ley de Orden Público disponía el arresto sustitutorio –y, por tanto, la privación de libertad– en los supuestos en los que la sanción pecuniaria no fuese satisfecha. Pero no así tras la entrada en vigor del texto constitucional, cuyo art. 25.3 impide la transformación de la sanción pecuniaria en privación de libertad, por lo que la previsión de la LPJ carecía ya de sentido (Vid. GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, p. 140).

Sin, por supuesto, negar parte importante de este planteamiento, nada empeco sin embargo a que el legislador mantenga –como de hecho lo ha venido haciendo durante 14 años– una política legislativa de garantía de los derechos sostenida en el automatismo singularizado de la suspensión del acto administrativo impugnado para las sanciones en materia de orden público. Es más una cuestión de opción acerca de los contornos que ha de tener la tutela judicial de determinados derechos fundamentales.

14. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 12.

15. STC 341/1993, FJ 12.

admisibilidad del recurso interpuesto ante los tribunales frente a una sanción pecuniaria, al previo pago o satisfacción de la multa impuesta. Asimismo, y haciendo remisión a su propia doctrina, recordó que la ejecutividad de los actos administrativos no es, en sí misma, contraria a la Constitución (STC 66/1984, FJ 3º, y ATC 939/1988, FJ 2º). Y, finalmente, reiteró una obviedad: que si la voluntad del legislador ha sido establecer un criterio, sin duda más severo y menos garantista, sobre el régimen de las medidas cautelares, de ello no puede deducirse un motivo de inconstitucionalidad, en la medida en que «no puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales» (STC 115/1987).

La evolución legislativa hasta ahora expuesta se ha confirmado en la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC). Si bien, lógicamente, al tratarse de una ley de carácter general establece el principio de la ejecutoriedad, según el cual, «los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos [...]» (art. 94), este mismo precepto incorpora una cláusula de excepciones que va en la línea de la progresiva atenuación de este principio clásico del Derecho Administrativo. Más concretamente, el art. 111.1 establece la posibilidad de la suspensión «en los casos en los que una disposición establezca lo contrario [...]», con la cual queda a salvo el criterio general introducido por la LPJ de permitir la suspensión cuando se trate de un acto que se demuestre presuntamente lesivo de derechos fundamentales. Conviene, pues, detenerse en las previsiones de la Ley 30/1992, en la medida que son tributarias del proceso de evolución legislativa que aquí se está analizando.

1. En primer lugar porque se remite al órgano a quien compete resolver el recurso para que, previa ponderación, que en todo caso habrá de motivar, entre el perjuicio que la suspensión ocasionaría al interés público o a terceros y el perjuicio que produjese sobre el recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, decida, en su caso, bien de oficio o a petición del recurrente, la suspensión de la ejecución del acto recurrido.

2. En segundo lugar, porque entre las causas necesarias que han de concurrir para que la suspensión pueda ser decidida, el órgano competente se encuentra —entre otros supuestos— que el acto de las Administraciones

públicas sea nulo de pleno derecho porque lesione «el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» (art. 111.2-*b* y 62.1. *a*). También la suspensión podrá ser decidida, por supuesto, cuando el acto haya sido dictado por órgano manifiestamente incompetente, tenga un contenido imposible, sea constitutivo de una infracción penal, o se dicte prescindiendo total y absolutamente del procedimiento (art. 62.1).

3. A partir de un planteamiento garantista sobre los derechos fundamentales, es importante poner de relieve que la suspensión también es factible de forma presunta. En este sentido, la Ley establece que el acto impugnado también «se entenderá suspendido en su ejecución si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el órgano competente para decidir sobre la misma, éste no haya dictado resolución expresa [...]» (art. 111.4).

4. Al dictarse acuerdo de suspensión, se establece también la posibilidad de tomar medidas de contracautela con finalidades aseguradoras de «el interés público y la eficacia de la resolución impugnada» (art. 111.3).

Con las excepciones citadas<sup>16</sup>, la tendencia legislativa sobre el sentido

---

16. A las que sumariamente habría que añadir, siguiendo la interesante exposición que hace CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, op. cit pp.136-139, los siguientes supuestos en la evolución legislativa en materia de suspensión cautelar:

- El art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, establece que procede suspender el objeto del recurso de amparo cuando su ejecución «hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». La excepción a esta regla –que la Sala del TC valorará en cada caso– establece que se podrá denegar la suspensión «cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos y libertades públicas de un tercero».

- El art. 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de diciembre, niega la suspensión de la ejecución de una sanción disciplinaria cuando se refiera a actos de indisciplina grave.

- Como drástica singularidad a este conjunto de excepciones habría que citar el art. 44 de la derogada Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1984, que establecía un criterio muy generoso ya que las correcciones disciplinarias impuestas por el Consejo sólo eran ejecutorias cuando hubiesen ganado firmeza, sin perjuicio de la medida disciplinaria de suspensión provisional del funcionario. Tras la reciente reforma por L.O. 16/1994, de 8 de diciembre, de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, el nuevo art. 425.9 ha quedado redactado como sigue: «la resolución sancionadora será ejecutiva cuando agote la vía administrativa, aún cuando se hubiere interpuesto recurso contencioso-administrativo, salvo que el Tribunal acuerde su suspensión», con lo cual se vuelve al criterio tradicional de la suspensión cautelar.

- Los arts. 22 y 81, de la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo de 12 de diciembre de 1980 y de su Reglamento de 20 de Agosto de 1981, establecen la suspensión del acto administrativo siempre que el recurrente garantice el importe de la deuda tributaria. En la

de la medida cautelar de la suspensión parece pues destinada a mantener el sistema introducido por la LPJ. Así se desprendía, también, finalmente, del Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo dado a conocer por el Ministerio de Justicia en 1986. En su artículo 140 se admite la suspensión: 1º) no sólo cuando la ejecución del acto administrativo pueda ocasionar la pérdida de la finalidad legítima del recurso haciéndolo inútil; sino también, 2º) en aquellos supuestos en los que no haya urgencia probada en la ejecución.

Con este supuesto se pone de relieve el deber de la Administración demandada de probar la urgencia de la ejecución, relevando al recurrente de ser él quien deba demostrar que los perjuicios que le ocasionaría la ejecución son de imposible reparación.

Como se apuntaba con anterioridad, la consecuencia más importante de este planteamiento ha sido el cambio trascendental introducido en la formulación de uno de los dogmas clásicos del Derecho Administrativo como

---

misma línea se situaría también la disposición adicional 31ª de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para el año 1987, que autorizaba al ministro de Economía y Hacienda para dispensar de la prestación de garantías cuando surja la imposibilidad de hacer frente al pago de la deuda tributaria por inexistencia o insuficiencia de bienes, o cuando la ejecución inmediata pudiera afectar a la capacidad productiva o el nivel de empleo de la actividad económica que se trate.

- El art. 192.4 del Decreto-Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, que también impone la suspensión de los actos tributarios si se garantiza el importe de la deuda.

- Un planteamiento enormemente restrictivo fue el establecido por el art. 34 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, 7/1985, de 1 de julio, por el que «en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley». Como es bien conocido, el TC lo declararía inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE (STC 115/1987, de 7 de julio).

- El art. 28.4 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 2/1983, de 13 de marzo, reintrodujo el criterio tradicional en base, posiblemente, a la especial relación de jerarquía operante en el seno de los cuerpos de policía. De acuerdo con dicho precepto, «las sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía serán inmediatamente ejecutivas, no suspendiendo su cumplimiento la interposición de ningún tipo de recurso, administrativo o judicial, si bien la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la sanción impuesta, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación».

Conviene, no obstante, retener la atención en el contraste que supone el carácter mucho más flexible –como ha subrayado LÓPEZ RAMÓN, F., «Límites constitucionales de autotutela administrativa». RAP n.º 115, Madrid 1988, p. 66– que para el ámbito militar, establece el art. 54 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, 12/1985, de 17 de diciembre, ya que como única causa de denegación expresa de la suspensión de sanciones privativas de libertad por falta grave, establece que dicha suspensión cause perjuicio a la disciplina militar.

ha resultado ser el principio de ejecutividad de los actos administrativos<sup>17</sup>.

Con la introducción como regla y no como excepción de la suspensión del acto o disposición impugnada, la Ley 62/1978 tiende a equiparar procesalmente al recurrente con la Administración, preservándole de la prepotencia que hasta entonces ésta última podía ejercer sobre cualquier litigante. Ello es especialmente relevante cuando, como en los supuestos que prevé la Ley, lo que se dilucida es el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución<sup>18</sup>.

La importancia de la pieza de suspensión cobra un gran relieve cuando lo que se dilucida en el proceso son derechos fundamentales de la persona. La razón no es otra que la que deriva de la posibilidad puesta al alcance de una persona física o de una sociedad, para paralizar, por presunta lesión de un derecho o libertad de los contemplados en el ámbito material del recurso, actos o disposiciones de una Administración Pública que pueden ser depositarios de una gran relevancia colectiva. Así, por ejemplo, se puede suspender el procedimiento de gestión tributaria, un concurso o una oposición para la selección de personal funcionario, o la aplicación de reformas administrativas (jubilaciones anticipadas) o la cobertura de las necesidades personales de los ejércitos (retrasos en la incorporación al servicio militar); o la suspensión por presunto delito electoral de la constitución de un ayuntamiento, etc.<sup>19</sup>

Además del caso español, es preciso retener la atención sobre algunas modalidades de regulación de las medidas cautelares previstas en otros ordenamientos, que incidan no solamente sobre actos –o más excepcionalmente sobre disposiciones administrativas– sino también sobre aquellas otras que se proyecten sobre la inacción de los órganos públicos y los efectos negativos que de ello se deriven.

En España, la adopción *ad cautelam* de la suspensión del acto o disposición administrativa impugnada es la única que la LPJ ha previsto, siguiendo –aunque con criterio distinto– la línea adoptada por la legislación preconstitucional.

---

17. Vid. la STSJ de Cataluña, de 16/9/1989.

18. Sobre esta cuestión, véase LINDE PANIAGUA, E.: «La instrumentación del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: la Ley de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26/XII/1978». RAP n.º 23, Madrid, 1979, p. 561.

19. Vid. CAINZOS FERNÁNDEZ, JOSÉ A., «Balance de los diez primeros...», *op. cit.* p. 1151.

Pero no es éste el caso de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, donde se contemplan también otras medidas complementarias. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico francés ha adoptado –entre otras– medidas cautelares como el *référé*, el *constat d'urgence* y el *sursis à exécution*. La primera tiene por objeto garantizar bienes jurídicos objeto de litigio frente a la lentitud procesal; la segunda implica la práctica de pruebas relativas a una situación de hecho, incluso sin la previa interposición de un recurso contencioso, y la tercera es la suspensión del acto impugnado como excepción a la regla general que proclama su ejecutividad. En Alemania, junto a la suspensión se admiten otras medidas cautelares como son las órdenes provisionales de aseguramiento de un derecho o las de regulación de una situación de hecho, para los supuestos de denegación de suspensión y por inactividad de la Administración. Por su parte, el Derecho italiano también contempla la aplicación de medidas cautelares propias del derecho civil aplicables con el mismo objetivo, si bien reducidas, en principio, al supuesto de la suspensión *ad cautelam*<sup>20</sup>, aunque los criterios jurisprudenciales han permitido ampliar el espectro de modalidades de tutela cautelar.

Pero, veamos con algo más de detalle algunos de estos modelos que aporta el Derecho comparado.

### 1. Los procedimientos del «*constat d'urgence*», del «*référé*» y del «*sursis à exécution*» en Francia

La organización de la tutela cautelar en el derecho francés tiene una amplia tradición en la jurisdicción civil a través de tres procedimientos específicos: los *référés*, las *ordonnances sur requête* y los *procédures d'injonction*. Lo que resulta común a los tres es su condición de ser procedimientos muy breves que suponen una ruptura con las normas procesales ordinarias a fin de asegurar al recurrente una decisión judicial rápida sobre un derecho o interés legítimo. En general, no es arriesgado afirmar que la configuración jurídica de estos procedimientos se debate por mantener el adecuado equilibrio entre la urgencia con la que toma una decisión y el respeto a los derechos de la

---

20. Vid. DÍAZ DELGADO, JOSÉ y ESCUIN PALOP, VICENTE, «La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales». RAP n.º 117, Madrid, 1988, pp. 198-99. Sobre las referencias a ordenamientos extranjeros: CHAPUS, R., *Droit du Contentieux administratif*. Ed. Montchrestien, Paris, 1982; VON OERTZEN, H. J., «Le contrôle juridictionnel de l'Administration», en *L'Administration Publique en République Fédérale d'Allemagne*. Económica, Paris, 1983; FOLLIERI, E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Giuffrè, Milán, 1981.

parte demandada<sup>21</sup>. Por el contrario, salvedad hecha del *constat d'urgence*, la aparición de medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo es mucho más reciente y, por supuesto, su rentabilidad jurídica es hoy todavía relativa. Además de la suspensión (*sursis à exécution*) del acto de la Administración, en Francia están previstos dos procedimientos específicos de naturaleza cautelar puestos a disposición del juez administrativo. Se trata del *constat d'urgence* y del *référé*, instituidas como medidas de carácter provisional a tomar por el juez para hacer frente a situaciones de urgencia. Ambas se diferencian de la suspensión puesto que en el contexto de un proceso, esta última aparece como una técnica a disposición del Juez para impedir la actuación unilateral de la Administración; mientras que las primeras son la consecuencia de la atribución al juez de la competencia para resolver de forma provisional pero perentoria una cuestión urgente hasta que no se produzca una solución definitiva<sup>22</sup>.

El *constat d'urgence* es el más antiguo. Fue creado por una Ley de 22 de junio de 1889 (art.24), que consagró la práctica llevada a cabo por los Consejos de Prefectura, a la que el Consejo de Estado dio validez en los *arrêts* de 26 de diciembre de 1873, Ville d'Alger; 28 de mayo de 1886, Perrichont, entre otros. Con posterioridad, la Ordenanza de 31 de julio de 1945, sin hacer distinción entre ambas medidas, atribuyó al presidente de la Sección de lo contencioso del Consejo de Estado el poder de ordenar en casos de urgencia todas las medidas útiles para la solución de un litigio<sup>23</sup>. Por su parte, el *sursis à exécution* fue creado por Decreto de 30 de septiembre de 1953. Finalmente, una Ley de 18 de noviembre de 1955, extendió el *référé* –que ya estaba previsto como garantía jurisdiccional civil– a los tribunales administrativos<sup>24</sup>.

#### a) El *constat d'urgence*

Se trata de un procedimiento simple y limitado iniciado por razones de urgencia, con la finalidad de impedir que por causa del transcurso del tiempo una parte pueda verse desfavorecida con respecto a la otra.

---

21. Para el estudio de estos procesos rápidos véase: ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*. Litec, Paris 1990.

22. Vid. PAREJO, *op. cit.* p. 296.

23. Vid. CHAPUS, *op. cit.* p. 761.

24. Hay que precisar al respecto que el *constat d'urgence* fue restaurado por un Decreto de 10 de abril de 1959, después de su supresión por otro anterior de 30 de septiembre de 1953.



No es un procedimiento contradictorio, y su objeto es la práctica de pruebas o de adopción de medidas por parte del juez administrativo para la comprobación de unos hechos mediante un procedimiento sumario.

El requisito previo para su puesta en práctica es una situación de urgencia; no se trata, por tanto, de la existencia de un proceso contencioso-administrativo previamente iniciado que habilite su aplicación.

La urgencia debe venir legitimada por una situación de riesgo que, de persistir, haga irreparables los efectos que produzca sobre los intereses en juego<sup>25</sup>.

Tanto los poderes del juez del *constat d'urgence* como los que más adelante analizaremos en el caso del *référé*, responden a dos principios: 1º) que no dispone de más poderes que de los que posee el juez principal; 2º) solamente puede tomar medidas de carácter provisional, desprovistas de los efectos de cosa juzgada, cuestión ésta que afecta tanto respecto al magistrado que las ha decidido como respecto del juez principal.

Para que se lleve a cabo una medida cautelar de este tipo, la demanda habrá de precisar los hechos sobre los cuales solicita la constatación judicial; asimismo, se deben señalar las circunstancias específicas que justifican la urgencia de constatar los hechos señalados; finalmente, la constatación no podrá ser prescrita únicamente en el caso en que se determine su utilidad. Si estos requisitos no se cumplen la consecuencia será su inadmisión.

Presentada una demanda de *constat d'urgence*, el juez designará un experto a fin de constatar con carácter inmediato los hechos presentados. *Constatar*, significa abrir un proceso verbal, sin llevar a cabo apreciaciones o evaluaciones; es decir, lo que se pide a un experto es realizar un estudio sobre el terreno, no un estudio de gabinete. De acuerdo con lo prescrito por el *Arrêt Pradines*, del Consejo de Estado (de 1º de abril de 1977) cuando se habla de *hechos* es con referencia a los hechos materiales<sup>26</sup>. Finalmente, y en la medida que no es un procedimiento contradictorio, lo único que se exige es una notificación inmediata de la decisión tomada por el juez a la parte demandada.

---

25. Nótese la funcionalidad que esta medida podría tener, por ejemplo, para los casos en los que la decisión de un gobernador civil puede neutralizar el sentido de una manifestación desautorizada porque altera la circulación rodada y el tráfico en general, y que ha sido convocada en el plazo especial de 24 horas, por causa de razones extraordinarias. La discrepancia sobre unos hechos podría resultar solventada por el juez, sin perjuicio de lo decidido en un procedimiento posterior donde lo que se dilucidaría ya no sería el ejercicio del derecho de manifestación sino eventuales responsabilidades en las que hayan podido incurrir los sujetos implicados.

26. Vid. CHAPUS, *op. cit.* p. 761.

## b) El *référé*

Es un procedimiento más complejo cuyo objeto se centra en la salvaguarda de bienes jurídicos ante una situación que, por sus características, puede producir efectos irreparables. La apariencia de buen derecho que se pueda traslucir en una situación de hecho concreta, permite iniciar un proceso que, en general, es autónomo e independiente del principal (no es un incidente), que permite ejercer la tutela judicial en breve lapso de tiempo.

Sus condiciones de ejercicio son distintas, según sea la modalidad de *référé* empleada. Así, si se trata de un *référé expertise*, el juez podrá acordar cualquier medida útil de estimación pericial o de instrucción; mientras que si el objeto de la intervención judicial es un *référé general*, la medida a adoptar será de conservación de los derechos o intereses legítimos ya existentes y consistirá en ordenar cualquier medida útil, que no prejuzgue el fondo ni obstaculice la ejecución de ninguna decisión administrativa<sup>27</sup>.

Al igual que en el caso del *constat d'urgence*, el procedimiento sólo podrá ser activado por razones de urgencia a fin de evitar que el transcurso del tiempo opere en perjuicio de una de las partes. A ésta primera condición se añade un segundo requisito: la existencia de una previa situación litigiosa entre las partes aún cuando no se haya formalizado en un proceso. Basta en este sentido que hayan aparecido diferencias serias entre ambas<sup>28</sup>. Además del requisito de la urgencia –y a diferencia del *référé civil*– a esta medida cautelar le está vedado prejuzgar el fondo de la cuestión principal del litigio y, por esta razón, el juez no podrá obstaculizar la ejecución de una decisión administrativa; así, por ejemplo, no podrá acordar la suspensión de un acto administrativo. Ahora bien, dado que lo definitorio del *référé* es, por un lado, la apariencia de buen derecho en la pretensión que se invoca y, por otro, el carácter provisional de la decisión que toma el juez, ello obliga lógicamente a éste «a una apreciación *prima facie* del fondo, algo más, desde luego, que el control mecánico de la suficiencia de unos determinados documentos formales»<sup>29</sup>.

El ámbito de actuación del *référé* no se confunde con el del proceso principal. No obstante, es habitual que ambos coincidan en el tiempo, ya que –a diferencia del procedimiento anterior– el *référé* se plantea una vez iniciado el procedimiento contencioso ordinario.

---

27. Vid. CHINCHILLA MARÍN, *op. cit.* p. 87.

28. Vid. PAREJO, *op. cit.* p. 299.

29. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares* (Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español). Civitas, Madrid 1992, p. 271.

La competencia jurisdiccional para el *référé* corresponde al mismo tribunal administrativo que entiende del fondo del asunto. El procedimiento es sumario y contradictorio.

Las medidas de instrucción o de conservación que el juez tome han de ser proporcionadas a la urgencia del supuesto concreto; y en ningún caso pueden prejuzgar el fondo del asunto. Ello es coherente con la naturaleza de este instrumento cautelar, caracterizado por una provisionalidad que impide entrar a abordar las cuestiones que son propias del proceso principal. No obstante, y al igual que ocurre en la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo impugnado (*sursis d'exécution*), no siempre es fácil determinar la línea divisoria existente entre una solución provisional y el perjuicio que pueda producir sobre el fondo de la litis<sup>30</sup>.

La sentencia del *référé* puede ser revisable en un proceso declarativo posterior y la carga de la prueba corresponderá al condenado en la decisión del *référé*; significa ello que la decisión no produce efectos de cosa juzgada. Asimismo, la sentencia suele ser apelable en un solo efecto<sup>31</sup>.

El balance que ofrece la aplicación del *référé* en el ámbito de la jurisdicción administrativa es notablemente menos satisfactorio que el que se aplica en la jurisdicción civil. Como afirma CHINCHILLA MARÍN<sup>32</sup>, esta medida cautelar se ha convertido en un medio de ejecución forzosa –ahora judicializada– de los actos administrativos; ello se ha visto favorecido por el criterio sostenido en el Consejo de Estado francés, que ha admitido la sustitución del requisito de la prohibición de entrar a juzgar sobre el fondo del asunto, por el de «la ausencia de una contestación seria» por parte de la Administración demandada, que ha permitido la adopción de medidas provisionales encaminadas a la ejecución forzosa de los actos de la Administración.

Pero la regla general es aquella que determina la incompetencia del juez para dar instrucciones a la autoridad administrativa, por lo que sus atribuciones en este contexto quedan muy circunscritas a la toma de decisiones de instrucción (especialmente, la designación de expertos). Con ello se han visto frustradas algunas de las perspectivas que en su momento había suscitado la aplicación del *référé* en el ámbito contencioso-administrativo.

---

30. *Ibidem* p. 299.

31. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* p. 269-270.

32. *Vid. op. cit.* p. 94.

### c) El *sursis à exécution*

Es la medida cautelar clásica que opera como excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos: la suspensión cautelar, que será decidida libremente por el juez<sup>33</sup>, cuando de ejecutarse el acto en cuestión se puedan derivar perjuicios de difícil o imposible reparación (*periculum in mora*) para los derechos o intereses del recurrente, y siempre que pueda ser identificada una apariencia de buen derecho en sus pretensiones (*fumus bonis iuris*).

Al margen del *référé* administrativo, el ordenamiento jurídico francés ha previsto medidas cautelares de esta naturaleza, en el ámbito del derecho fiscal, para los recursos de extrema urgencia relacionados con la ejecución de actos de las autoridades descentralizadas, etc.

Dentro del ámbito del derecho de influencia francesa, en Bélgica el *référé* atribuye al juez unos poderes más amplios, que van desde la adopción de medidas de instrucción hasta la ordenación de situaciones de espera, medidas provisionales y de conservación, protección de derechos, etc.

### 2.- El supuesto de la orden provisional judicial en el ámbito de lo contencioso-administrativo en Alemania

El derecho alemán instrumenta la tutela cautelar sobre derechos e intereses legítimos a través de la *suspensión* de actos administrativos y también mediante las llamadas *órdenes provisionales de aseguramiento de derechos y de ordenación de una situación provisional contenida en una relación jurídica*.<sup>34</sup>

Esta modalidad de medidas cautelares está concebida como un mecanismo de protección a disposición del recurrente ante la inactividad administrativa y frente a decisiones que denieguen peticiones del ciudadano. Su regulación jurídica actual data de la Ley de 17 de diciembre de 1990 (BGBl) que ha modificado por cuarta vez el texto original de la Ley alemana de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 21 de enero de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung -VwGO-*)<sup>35</sup>.

---

33. En su *Décision* de 23 de enero de 1987, el Consejo Constitucional francés ha mediatizado esta «libertad» del órgano judicial competente, al considerar que la suspensión cautelar es un derecho en su condición de factor de garantía de los derechos de defensa.

34. Para el caso alemán, véase, también, PAREJO, *op. cit.* pp. 300 a 310.

35. Para un completo estudio sobre el contencioso-administrativo alemán, véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Civitas, Madrid 1993.

El Tribunal Constitucional Federal ha establecido en numerosas sentencias<sup>36</sup> que la adopción de medidas cautelares es una manifestación específica del derecho a la tutela judicial; más concretamente –señala– que la tutela de los derechos públicos subjetivos sólo será efectiva si se pone a disposición de sus titulares de los medios que hagan posible evitar que tras el desarrollo del procedimiento judicial se consuman hechos que, comprobada *a posteriori* la ilegalidad de la actuación administrativa que los originó, den lugar a una situación irreversible con daños de imposible o difícil reparación.

El sistema cautelar se articula a través de dos tipos de medidas: A) la suspensión del acto administrativo impugnado y, B) la orden provisional de carácter prestacional. A su vez, ésta última presenta dos modalidades; la primera está dirigida a condenar a la Administración a dictar un acto administrativo favorable (es la llamada pretensión obligacional), mientras que la segunda tiene por objeto instar a la Administración a realizar o, en su caso, a omitir una actuación material.

A) La suspensión cautelar puede producirse tanto en el procedimiento administrativo como en el contencioso, siempre que lo que se pretenda sea la anulación de un acto administrativo de gravamen, y ello sin perjuicio que dicho acto sea constitutivo, declarativo o de los denominados de doble efecto. Ahora bien, el régimen de suspensión no es general; las excepciones previstas por el artículo 80.2 (y apartados siguientes) de la VwGO son las que afectan a los recursos que afecten a las materias siguientes:

- Los actos de liquidación tributaria o de imposición de costas administrativas.
- Cuando se dirijan contra actos impostergables de la policía de ejecución.
- En los supuestos regulados por la Ley federal.
- Cuando la autoridad que dictó el acto o la competente para resolver el recurso administrativo ha ordenado especialmente –y de forma motivada– la ejecutividad inmediata del acto de interés público o en interés preponderante de un interesado.

---

36. Véanse las citadas por BACIGALUPO, M., «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991». RAP n.º 128, Madrid 1992, pp. 416 (nota 5).

B) La orden provisional. Por su singularidad como medida cautelar de carácter positivo, merecen especial atención los dos tipos de órdenes provisionales que prevé el art.123 de la VwGO:

«El Tribunal puede, a instancia de parte e incluso con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, dictar una orden provisional en relación con el objeto litigioso, cuando exista peligro de que por una modificación de las circunstancias se pueda frustrar o dificultar gravemente la realización de un derecho del solicitante. También son admisibles las órdenes provisionales para la regulación de una situación provisional con respecto a una relación jurídica litigiosa, cuando dicha regulación aparezca como necesaria, sobre todo en caso de relaciones jurídicas de cierta permanencia para impedir perjuicios importantes o la amenaza de violencia por otras razones».

Las órdenes provisionales son una modalidad de medida cautelar subsidiaria que puede ser aplicada en todos aquellos supuestos en los que no procede en el proceso principal la anulación del acto. Se trata, pues, de aquellos litigios cuyo objeto no es un acto administrativo de gravamen.

En relación a la suspensión cautelar, las órdenes provisionales presentan los siguientes elementos diferenciadores: a) la carga de la prueba corresponde al solicitante, pues lógicamente es a él a quien incumbe demostrar que su derecho está en peligro, o que el restablecimiento de una situación jurídica resulta necesario; b) en caso de ser vencido en el proceso principal, el solicitante de una orden provisional soporta un mayor riesgo, que no es otro que la restitución de las prestaciones recibidas durante el período de vigencia de la medida; c) el margen de apreciación del que dispone el juez es más reducido ya que se ha de atener a valorar si concurren los supuestos tasados de orden provisional establecidos por la norma; d) son diversas las posibilidades de recurso contra una decisión denegatoria; e) en todo caso, si ello es procedente, la aplicación de la suspensión cautelar es considerada como una solución preferente.

La competencia jurisdiccional corresponde al Tribunal que la tuviese en el procedimiento principal. Dicho Tribunal es el de primera instancia, pero cuando el proceso se encuentre en fase de apelación, la competencia estará atribuida al Tribunal de apelación.

- *La orden provisional consistente en el aseguramiento de derechos en peligro*, tiene por objeto la conservación del *statu quo* del peticionario, quien debe justificar la titularidad del derecho cuya protección solicita. El auto judicial que las dicta puede ser de contenido negatorio o negatorio preventivo; es

decir, puede decidir la condena de la Administración a omitir una actuación material de limitación o, bien la condena a que la Administración omita la emanación de un acto administrativo de gravamen.

Su objeto son los derechos subjetivos. La situación de peligro para la integridad del derecho susceptible de tutela cautelar ha de ser objetiva y real; no sometida, por tanto, únicamente al criterio subjetivo del solicitante, ya que, en ocasiones, podría resultar unilateral. Sus efectos han de consistir en la efectiva modificación de una situación anterior que impedía el ejercicio del derecho.

- *La orden provisional consistente en la ordenación de una situación provisional* tiene por objeto la ampliación de los derechos y del ámbito de actuación del recurrente. La Administración es impelida a realizar una actividad prestacional que puede consistir en: a) dictar un acto administrativo favorable; b) llevar a cabo una actuación material favorable que incluya, asimismo, el restablecimiento de una situación jurídica que anteriormente había quedado alterada de forma lesiva para los derechos del recurrente como consecuencia de una actuación ilegal de un órgano de la Administración. El peticionario ha de acreditar la existencia de una específica situación de relación jurídica y motivar la procedencia de las medidas provisionales solicitadas.

Para que la situación jurídica sea litigiosa, es suficiente que la Administración se atribuya derechos que el recurrente discute. Finalmente, entre las posibles medidas a tomar destacan: la imposición o prohibición de una conducta, la fijación al peticionario de un plazo para que formalice la acción principal, o la fijación de una cantidad que pueda dejarse como garantía, etc. No obstante, nunca podrán tomarse medidas que estén prohibidas legalmente. Y, por supuesto, su contenido no prejuzga la cuestión principal<sup>37</sup>.

Parece claro, pues, que las ordenes provisionales en Alemania no sólo presentan un contenido prestacional sino que también pueden ser limitativas, cuando de lo que se trata es de impedir que con una actuación omisiva (aquella que explícitamente no es de gravamen), la Administración pueda lesionar derechos del recurrente.

En otro orden de cosas, no cabe duda que en la toma de decisiones con este tenor provisional, el órgano jurisdiccional competente tiene una amplia

---

37. Vid. *Ibidem* p. 309-310.

capacidad de decisión. Como ha puesto de relieve Bacigalupo<sup>38</sup>, tanto el *fumus boni iuris* como la inevitable ponderación de los derechos e intereses en presencia son criterios interpretativos empleados con asiduidad por los tribunales germánicos para justificar medidas tan singulares como las que comentamos, que obligan a la Administración a actuar en una dirección determinada.

A diferencia de la medida cautelar de la suspensión, en la que su decisión es discrecional pero su contenido es reglado –la suspensión propiamente dicha– en las órdenes provisionales, la decisión –como vemos en las dos modalidades reseñadas– está prevista de forma expresa por el ordenamiento pero, sin embargo, el contenido es discrecional. Y es en este activismo judicial que el legislador alemán ha previsto dónde se dilucida la tutela de los derechos y libertades frente a la acción omisiva de la Administración. Aunque, ciertamente, es un activismo controlado ya que, salvo excepciones muy contadas, al Tribunal le está vedado anticipar el resultado del proceso principal. Entre estas excepciones cabe incluir aquella en la que la anticipación por medio de una orden provisional es procedente «cuando el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal»<sup>39</sup>.

### 3. *Las medidas cautelares en Italia*

La tutela cautelar es uno de los aspectos más insatisfactorios de la justicia administrativa en el país transalpino al que la ley no ha sabido dar respuesta. De hecho la existencia de medidas cautelares es una creación jurisprudencial que, no obstante, ha permitido al juez tomar todo tipo de medidas, ampliando sus poderes, incluso para aquellos supuestos en los que la autoridad judicial puede llegar a sustituir a la Administración<sup>40</sup>.

De acuerdo con las previsiones legales actuales, la regla general en materia de suspensión cautelar se contiene en el artículo 39 de la Ley del Consejo de Estado de 26 de junio de 1924, que establece el principio de ejecutividad de los actos administrativos; su suspensión únicamente se podrá arbitrar –de forma motivada– si concurren graves razones si así lo solicita el recurrente.

---

38. *Vid. op. cit.* p. 446.

39. *Vid. BACIGALUPO, op. cit.* p. 450.

40. *Vid. CHINCHILLA MARÍN, op. cit.* p. 103. También: Quintana López, T., «Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano». REDA n.º 64, Madrid 1989.



La reticencia del legislador italiano a las medidas cautelares, incluida la suspensión, se ha manifestado más recientemente, por ejemplo, en la Ley de 22 de noviembre de 1971, que limitó la posibilidad de suspender los actos administrativos en materia de expropiación a los supuestos de error grave y evidente en la determinación de los inmuebles o de los propietarios. Tal planteamiento llevaría a la Corte Constitucional a declararla inconstitucional en una Sentencia de 27 de diciembre de 1974, en la que declaró que la exclusión o la limitación del ámbito de ejercicio de la tutela cautelar «contrasta con el principio de igualdad consagrado en el art. 3 de la Constitución, salvo que exista una razonable justificación para dar ese tratamiento diverso»<sup>41</sup>. Es decir, para la justicia constitucional italiana no parece haber duda que, en la relación jurídico administrativa, los entes públicos han ocupado y ocupan una incontestable posición de preeminencia; sin embargo, parece necesario que el equilibrio entre las partes se restablezca, al menos, en lo que concierne a las armas de defensa procesal y al efectivo ejercicio del derecho a la tutela judicial; ejercicio que se vería mermado si se carece de instrumentos sumarios para procurar la conservación de derechos o intereses legítimos ante la amenaza de efectos irreversibles que, en algunos casos, podría deducirse de la ejecutividad del acto administrativo. Un criterio semejante es el que llevaría, años después, a la Corte Constitucional, en su importante Sentencia de 14 de febrero de 1982, a declarar inconstitucional la prohibición de apelar la decisión cautelar de primera instancia. O el adoptado por otra sentencia de la Corte de 28 de julio de 1985, que admitió la ejecución forzosa de la medida cautelar en los recursos sobre empleo público. O, todavía más, la Sentencia del Consejo de Estado de 25 de mayo de 1987, que también admitió la ejecución forzosa a través de la técnica de nombrar un comisario *ad actus* <sup>42</sup>.

## 2. LOS NUEVOS CRITERIOS Y MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL TRAS LA LEY 29/1998 (LJCA)

La regulación de la tutela cautelar constituye unos de los capítulos de la reforma introducida por la nueva LJCA que merece especial atención por dos razones: en primer lugar por la pluralidad de medidas que la Ley

---

41. *Ibídem* p. 107.

42. *Ibídem* p. 109.

permite tomar al órgano judicial, dando entrada a la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas (art. 129.1); y, en segundo lugar, porque se ha modificado sustancialmente el criterio a emplear por el juez o tribunal para decidir sobre la procedencia de la medida a adoptar, rechazando la regla anterior que mantenía como regla general la suspensión del acto o disposición impugnados y como excepción su ejecutividad.

### a) *La pluralidad de medidas cautelares*

Las medidas cautelares previstas en la LJCA se aplican de forma común tanto para el procedimiento contencioso-administrativo general (Título IV) como para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (Título V). Se trata de medidas de diversa naturaleza porque así lo reconoce más o menos explícitamente la ley al atribuir a los interesados la potestad para «*solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*».

Parece evidente que el precepto legal está concebido para otorgar una amplia flexibilidad a la parte recurrente para instar al órgano judicial la adopción de medidas de contenido y alcance diverso que, en función del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que puedan incidir sobre un derecho fundamental eventualmente lesionado, permitan la efectividad futura de la sentencia. Ya no es, por tanto, la suspensión cautelar sobre el acto o disposición impugnados, la única institución procesal puesta a disposición del recurrente para intentar salvaguardar la integridad de sus derechos o intereses legítimos<sup>43</sup>, sino que el legislador ha introducido –aunque, ciertamente, de forma genérica– la posibilidad de adoptar medidas cautelares de hacer y de no hacer, en la línea de las propuestas doctrinales y jurisprudenciales realizadas en los últimos años<sup>44</sup> y acorde también con la

---

43. No obstante, no hay que olvidar que la posibilidad de adoptar otros tipos de medidas cautelares en el procedimiento contencioso-administrativo no quedaba absolutamente descartada en el pasado, a través de la aplicación supletoria del artículo 1.428 de la LECivil (las medidas cautelares innominadas). No es descartable que el régimen de este tipo de medidas haya influido en parte en la configuración de las medidas de hacer y no hacer previstas en los artículos 29 y 30 de la nueva LJCA.

44. *Vid.* Por todos, los numerosos trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., concentrados en: *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*. Civitas, Madrid 1992. En cuanto a las referencias jurisprudenciales, consúltese en especial la Sentencia Factorame de 19 de junio de 1990, del Tribunal de Justicia de las Comunidades y la influencia que ha podido ejercer en algunas resoluciones de órganos

estela dejada por el Derecho Comparado sobre esta materia (especialmente Alemania, Francia e Italia).

*Las medidas cautelares «de hacer»* se plantean en el artículo 136 en relación el artículo 29 de la LJCA. En esencia consisten en lo siguiente: «cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación»<sup>45</sup>. A partir de aquí, y en caso de que la Administración no hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones, la ley establece un plazo de tres meses a partir de la pertinente reclamación, para deducir el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En su segundo apartado, el artículo 29 establece que «cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo[...], el cual se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en la ley en su artículo 78.

Pues bien, en ambos supuestos en los que la Administración debiendo actuar no lo hace, el artículo 136 establece que se adoptará la medida cautelar que proceda –aunque no especifica en qué puede consistir ésta– salvo que: a) se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los supuestos descritos; b) la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En ambos casos, el juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada los intereses en conflicto.

No obstante –y es aquí donde aparece la aportación de la nueva LJCA más sustancial– las medidas cautelares que decida poner en acción el órgano judicial «también podrán solicitarse antes de la interposición del

---

judiciales españoles de los últimos años.

45. En conexión con lo establecido en este precepto, en la determinación de las pretensiones de las partes, la LJCA establece, en el art. 31.2, que el demandante «podrá pretender el reconocimiento de una situación individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno establecimiento de las mismas, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios[...], lo cual permite, o puede permitir la puesta en práctica sobre la Administración, de medidas cautelares tanto de hacer como cualesquiera otras en sentido contrario.

El art. 32.1 se refiere, por su parte, a los supuestos de inactividad administrativa; en este caso «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas».

recurso contencioso-administrativo». Ello se producirá cuando concurren en el caso circunstancias de especial urgencia. En tal supuesto, el órgano judicial adoptará la medida cautelar que estime pertinente «*sin oír a la parte contraria*», sin que el Auto de decisión dé lugar a recurso alguno. Ahora bien, en dicho Auto, el órgano judicial competente convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse en los tres próximos días, en la que se decidirá sobre el levantamiento o modificación de la medida adoptada. Una vez celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará Auto al respecto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales establecidas en la LJCA (art. 135).

En estos supuestos de especial urgencia, y una vez que el recurrente interponga el recurso contencioso-administrativo posterior, deberá incluir en el mismo la petición de la ratificación de la medida cautelar previamente adoptada. Obviamente, de no plantearse dicho recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas con anterioridad, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios causados (art. 136.2).

Las medidas cautelares de «no hacer» están previstas en la LJCA (art. 30), en los siguientes términos: de acuerdo con lo establecido en este precepto, en los supuestos «de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación»<sup>46</sup>. Si ello no se produce, bien porque el requerimiento no se haya formulado o bien porque no haya sido atendido por la Administración en los diez días siguientes a su presentación, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

Ahora bien, al igual que ocurría en el caso anterior –y de acuerdo con los mismos requisitos procesales preceptuados por los artículos 135 y 136 LJCA– en los casos de especial urgencia, las medidas cautelares de «no hacer» podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Esta diversificación de las formas de tutela cautelar de los derechos fundamentales constituye, sin duda, un avance por el que ha postulado en los últimos años la doctrina a la que habría que añadir una cierta actitud coadyuvante de la jurisprudencia. Este avance se expresa en la línea de *consolidar el concepto de tutela cautelar como una expresión indiscutible*

---

46. El art. 32.2 establece como corolario de este tipo de medida cautelar que: «si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2».

*del contenido esencial del derecho a la tutela judicial.* En este sentido, conviene recordar el significado conceptual de la institución procesal de la medida cautelar como una decisión jurisdiccional, de carácter urgente y provisional, dotada de finalidad instrumental cuya ponderación de bienes en conflicto corresponde al órgano judicial, a fin de conseguir una efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuando de la ejecutividad del acto administrativo puedan devenir efectos irreversibles.

A pesar de los avances de carácter garantista experimentados en la legislación administrativa de los últimos años, las relaciones jurídicas en las que la Administración actúa revestida de su potestad de *imperium* están presididas por una evidente asimetría entre las partes. De hecho esta es una característica innata al poder público<sup>47</sup>. En este sentido, la promulgación de la Ley 62/78 supuso la introducción de un cambio relevante en esta posición hegemónica de los órganos públicos en su cada vez más amplio ámbito de actuación material. De las innovaciones procesales que la citada ley presentaba en 1978, la medida cautelar consistente en la suspensión del acto o disposición impugnados, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público fue, sin duda, la más relevante con respecto a la regulación prescrita por la LJCA de 1956. Fundamentalmente, por la equiparación procesal que se proporcionó al actor en una materia como es la referida a los derechos fundamentales de la persona. La ubicación del individuo en el Estado o, si se quiere –en términos de la dogmática clásica– su posición frente a los poderes públicos, ya no puede estar presidida por una permanente subordinación; la protección de los derechos y libertades en el Estado democrático demanda una concepción mucho más activa de la persona como sujeto imputable. En este sentido, una configuración más simétrica de las leyes procesales es un presupuesto necesario para una tutela más integral del estatus de libertad del individuo.

La suspensión del acto administrativo según el modelo de la LJCA se ha convertido en una técnica cautelar insuficiente en una Administración cada vez más expansionista, que responde a patrones jurídico-políticos que, aún conservando las tradicionales formas de tutela cautelar, exigen, no obstante, nuevas modalidades de instrumentos que garanticen los derechos e intereses legítimos de individuos y grupos que concurren con los órganos públicos en los diversos ámbitos de la intervención administrativa.

---

47. Vid. GÓMEZ FERRER-MORANT, «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», REDA n.º 33, Madrid 1982, p. 185.

Por esta razón, cobra gran relevancia el que la nueva LJCA haya incorporado, aunque con carácter muy genérico, formas de tutela cautelar de carácter positivo. Tal previsión era una exigencia palpable, si bien no hubiese sido demasiado osado que el legislador concretase algo más el contenido de este tipo de medidas cautelares. Fundamentalmente, porque no hay que descartar que los órganos judiciales competentes sean remisos a ponerlas en práctica si, como es el caso, la ley no especifica en qué puede consistir una medida jurisdiccional que, provisionalmente, está destinada a sustituir a la Administración. La importancia del supuesto es innegable puesto que, de alguna forma, constituye una coyuntural excepción a la división de poderes como principio definitorio del Estado de Derecho. En este sentido, si el legislador hubiese sido algo más concreto a la hora de especificar algunas formas de cautela positiva, quizás hubiese facilitado las dificultades que puede ofrecer una cierta cultura judicial muy apegada a la literalidad de la ley.

#### *b) El cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares*

La modificación que sobre este aspecto introduce la LJCA es notoria. Como es sabido, la promulgación de la Ley 62/1978 supuso una importante ruptura con el criterio tradicional fijado en la Ley Jurisdiccional de 1956 basado en el principio de ejecutividad del acto administrativo. De acuerdo con el mismo, la suspensión del acto administrativo objeto de un recurso era la excepción, mientras que la regla era la presunción de legalidad que le habilitaba para su ejecutividad. La ley de 1978 invirtió el criterio e incluso, en materia de orden público, estableció con efecto automático directo la suspensión del acto. Posteriormente, este automatismo fue suprimido por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). Pues bien, la nueva LJCA prescinde del establecimiento de cualquier regla en el sentido vigente hasta ahora que pueda vincular al juez, y remite a la ponderación que el mismo lleve a cabo sobre los intereses en conflicto para determinar la procedencia, tanto de la ejecutividad del acto como, en su caso, la aplicación de la medida cautelar que proceda. El artículo 130 lo expresa en los siguientes términos:

«1.- Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso 2.- La medida cautelar podrá denegarse cuando de

ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Probablemente, esta importante modificación incorporada a la LJCA pueda obedecer a los abusos a los que en su momento dio lugar la regla favorable a la suspensión, en la medida en que –especialmente en los primeros años de vigencia de la Ley 62/1978– constituyó un cierto señuelo para recurrentes más preocupados por dilatar el proceso a través de un auto estimativo sobre la petición de suspensión, que deseosos de argumentar de forma solvente la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pero ante esta tendencia –a veces con ribetes patológicos– manifestada en los primeros tiempos, los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas y, por supuesto, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respondieron con el establecimiento de unos razonables criterios de admisión de recursos, que tendieron a evitar los excesos de recurrentes temerarios. En esencia, entre otros requisitos, estos criterios obligaban a una exposición razonada de los motivos del recurso en cuanto a la afectación lesiva sobre derechos fundamentales, no únicamente en el escrito de demanda sino ya desde el primer momento procesal, es decir, en el escrito de interposición del recurso. Se trataba con ello de impedir un uso instrumental del recurso especial, a través de una simple invocación literal de preceptos constitucionales, carente de la más mínima fundamentación<sup>48</sup>. El resultado posterior supuso una racionalización del procedimiento en este concreto aspecto.

Pues bien, sean éstas u otras las razones invocadas, lo cierto es que la solución adoptada, consistente en remitir únicamente a la ponderación judicial la decisión última sobre la procedencia de la medida cautelar que convenga aplicar, no es una buena solución. No lo es porque lo que se dilucida en este procedimiento es la tutela de los derechos fundamentales de la persona a través de una vía preferente y sumaria, concebida como una garantía jurisdiccional que se proyecta sobre lo que constituye el estatuto de libertad del individuo. Esto significa que el contencioso administrativo entre el recurrente y un poder público, planteado ante el órgano judicial no puede obviar la vigencia del principio *in dubio pro libertatis* como eje vertebrador de toda relación jurídica, especialmente intenso cuando una de las partes es la Administración pública.

No se trata, por supuesto, de invocar la necesidad de la suspensión automática del acto recurrido ni tampoco una indiscriminada aplicación

---

48. Véase sobre la problemática de la admisión a trámite de recursos, mi trabajo: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. CEC. Madrid 1995, p. 146.

de la antigua regla prevista en la Ley 62/1978. Más bien lo que procedería es mantener dicha regla pero con un adecuado equilibrio entre las partes en la aplicación de la carga de la prueba de las respectivas pretensiones, aunque estableciendo un mayor grado de exigencia para la Administración Pública en su condición de depositaria del interés general. En este contexto, naturalmente el órgano judicial habría de llevar a cabo la necesaria labor de ponderación de los intereses en conflicto, intereses que deberían ser argumentados con la debida diligencia por ambas partes –y no sólo por la Administración– pero con una variante fundamental: si el interés público no queda afectado, la solución más garantista ha de ser la aplicación de la medida cautelar que mejor convenga a la tutela cautelar del derecho.

En sentido contrario, se podrá argumentar que el contenido del art.130 de la nueva LJCA no impide un planteamiento como el expuesto. Sin embargo, sin dejar de ser ello cierto, la opción de la Ley 29/1998 no es ésta sino la de otorgar al juez o Tribunal competentes el máximo grado de decisión sobre la procedencia de la medida cautelar, carente, por tanto, de cualquier criterio predeterminado que permita impedir la ejecutividad del acto recurrido. En este sentido, el mantenimiento de la regla establecido por la Ley 62/1978, matizado con una adecuada y conjunta aplicación en cada caso, de las reglas del *fumus boni iuris*, *el periculum in mora* y *el interés público* deducible del caso, hubiera sido una solución igual de razonable que la adoptada, pero sin duda mucho más garantista y sensible a la tutela cautelar de derechos fundamentales.

### *c) Cuestiones relativas al procedimiento de la tutela cautelar*

La ordenación procesal de las medidas cautelares responde a las siguientes reglas:

- La solicitud de una medida cautelar de suspensión de una disposición general debe efectuarse en el escrito de interposición o en el escrito de demanda; y si la suspensión es decidida, se publicará en el diario oficial con expresa mención a la disposición afectada. Por tanto, si el objeto del recurso es otro, la medida cautelar que proceda podrá solicitarse en cualquier otro momento del procedimiento (art. 1292).

- La medida cautelar se sustancia en pieza separada del proceso principal, con audiencia de la parte contraria. Si la Administración no comparece, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada (art. 131).



- La vigencia de la medida puede ser hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso. No obstante, podrá ser modificada o revocada si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado (art. 132). La ley introduce una serie de prevenciones tendentes a impedir cualquier arbitrariedad que afecte a la vigencia de las medidas cautelares.

- La aplicación de una medida cautelar podrá llevar aparejada una caución o garantía (art. 133).



# LAS GARANTÍAS DE LA DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

ANTONIA AGULLÓ AGÜERO

*Consejera del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña*

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)*

## SUMARIO

- 1.- LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. 2.- LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS COMPLEJOS Y LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, UN FENÓMENO COMÚN.
- 3.- LA FUNCIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES.
- 4.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:
  - 4.1.- Planteamiento general.
  - 4.2.- Matizaciones: A) La fragmentación del derecho a la tutela judicial efectiva. B) La pluralidad de los procedimientos administrativos.
- 5.- LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE ESTRASBURGO Y LUXEMBURGO EN MATERIA DE INDEFENSIÓN.
- 6.- LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE INDEFENSIÓN.

## 1. LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Buenos días, quiero comenzar esta intervención, que espero sea breve dado lo avanzado de la mañana, expresando mi satisfacción por comparecer por primera vez ante este foro. Me siento honrada y me congratulo especialmente por tener la oportunidad de participar en un proceso que tan magníficos resultados ha alcanzado en un plazo de tiempo tan breve.

Los lazos de cooperación que a lo largo de estos encuentros se han establecido entre los países, entre las Cortes Constitucionales y, en definitiva, entre las comunidades jurídicas de los países que participan, constituyen, a mi juicio, una importante aportación al proceso de consolidación general del Estado de Derecho.

## 2. LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS COMPLEJOS Y LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, UN FENÓMENO COMÚN

Durante estos días, he oído plantear problemas muy diferentes y obtener respuestas también hartamente diversas por parte de las comunidades jurídicas presentes en torno al tema central de estas Jornadas, el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos problemas son a su vez distintos de los que no podemos plantear en mi país; lo que no es más que demostración de una obviedad, a saber, la simple constatación de la existencia de realidades sociales, jurídicas, económicas e históricas muy diferentes. No obstante, todos los aquí reunidos utilizamos un lenguaje común, derivado no tanto, aunque también, del origen más o menos próximo de nuestros respectivos ordenamientos jurídicos, como de una concepción del derecho que compartimos, y de una cultura jurídica común que se revela a la hora de abordar los problemas de la realidad global en la que actualmente estamos inmersos. Esa particular unidad jurídica de nuestras diferentes comunidades nos permite contrastar técnicas muy diversas de realización del Estado de Derecho que, independientemente de las posibilidades, siempre dudosas, de extrapolación de las fórmulas jurídicas, producen, en cualquier caso, un debate enriquecedor.

Siguiendo el hilo de esa afinidad de pensamiento jurídico que acabo de mencionar, quiero comentar cuánto me llamaba ayer la atención la extraordinaria similitud existente entre la actitud de nuestros juristas ante la realidad del mundo actual. Eso pensaba, tanto al escuchar la ponencia del Dr. Rosales en relación a Nicaragua, sobre el derecho como instrumento

de resolución de conflictos, como cuando el Dr. Maldonado se refería a la complejidad del ordenamiento jurídico en Guatemala.

El Dr. Maldonado hablaba de la perplejidad de un antiguo jurista si reapareciera en la actualidad ante los cambios más recientes sufridos por nuestros ordenamientos jurídicos, y se refería como ejemplo a la complejidad que supone en este mundo globalizado la aparición de nuevas organizaciones políticas nacionales y transnacionales.

Esas palabras del Dr. Maldonado me recuerdan las de otro notable jurista de mi país, el profesor Pedro Cruz Villalón, ex presidente del Tribunal Constitucional, cuando, en un conocido artículo publicado el año 1981 en un número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, titulado «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», fabulaba sobre las contradictorias conclusiones que ese imaginario jurista persa hubiera extraído de la mera lectura de nuestro texto constitucional de 1978 (CE) por lo que se refiere a la estructura del Estado español de las Autonomías.

Efectivamente, la realidad social y económica es cada vez más compleja, global e interactiva, y también son más complejos los ordenamientos jurídicos que actúan sobre ellas. De ahí que sea cada vez más difícil la comprensión de nuestros respectivos ordenamientos a través de la mera lectura de sus normas básicas, incluso con el fundamental apoyo que representa la consulta de la jurisprudencia. Este es un fenómeno común a todos nuestros países.

Desde otro punto de vista, y en un contexto muy diferente, la reflexión del Dr. Rosales sobre la concepción del derecho como un derecho de resolución de conflictos, entendido como un mecanismo de prevención más que de resolución de problemas, recuerda muy vivamente el actual debate europeo sobre la crisis del principio de legalidad y su fenómeno paralelo, el auge de la mediación y de los mecanismos extrajudiciales de conciliación.

Concluyo, pues, que, aún desde posiciones diferentes y en contextos históricos diversos, existe efectivamente en este foro, una común percepción de la complejidad de nuestros ordenamientos jurídicos actuales y de sus causas. Asimismo, compartimos cierta posición crítica respecto a una concepción del derecho dominante, que pasa por la necesidad de una revisión del principio de legalidad y de la función de la ley y del proceso, tema que hoy nos ocupa, en la sociedad.

Ayer, cuando el Dr. Solano centraba el debate aludiendo a la existencia de alguna forma de idea común que latía bajo expresiones distintas como

son las de «tutela judicial efectiva» y «debido proceso», que proceden de las diferentes arquitecturas jurídicas que son el *continental law* y el *common law*, respectivamente, el Dr. Solano estaba formulando en realidad una apuesta clara a favor de una concepción unitaria del Estado de Derecho, de aplicación general, perseguible, posible o probablemente, con técnicas jurídicas que son diferentes en cada país, porque dependen de la historia particular de cada pueblo, pero que comparten una misma idea sobre la función del derecho. Esa apuesta expresa muy acertadamente, en mi opinión, la finalidad de este diálogo jurídico entre nuestros países y el sentido, en definitiva, de la organización de estas Jornadas.

El magistrado Solano hacía la anterior precisión al explicar, concretamente, la función de las Cortes Constitucionales en la construcción de los derechos fundamentales y de los conceptos jurídicos esenciales, y señalaba la necesidad de que las Cortes Constitucionales afinen en la construcción de estos derechos porque ahí radica, efectivamente, la mayor garantía de los ciudadanos y el verdadero avance en la construcción social del Estado de Derecho. A este tema quiero dedicar unas breves palabras.

### 3. LA FUNCIÓN DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

Estoy plenamente de acuerdo con la posición, por lo demás ampliamente compartida, manifestada por el costarricense Dr. Solano sobre la función de las Cortes Constitucionales en la construcción del Estado de Derecho. Pero deseo hacer una anotación a sus palabras que es la siguiente. Es cierto que las Cortes Constitucionales, que tienen una función de control del ordenamiento jurídico, y también de realización de los valores constitucionales, van construyendo estos derechos fundamentales y validando las diversas técnicas jurídicas que conducen a su realización. Y es cierto también que dicha tarea no es llevada a cabo por los tribunales de los diferentes países de forma completamente aislada, sino que se hace con la mirada puesta en las experiencias en este sentido de las Cortes Constitucionales de otros países.

Sin embargo, no es menos cierto que esa función que desempeñan las mencionadas Cortes no siempre se sitúa en la primera línea de la construcción del Estado de Derecho. En algunas ocasiones, como ha ocurrido por ejemplo en España, el Tribunal Constitucional (TCE), paradójicamente, ha sido más tímido que el propio legislador ordinario en la delimitación del contenido de estos derechos fundamentales y en el impulso dado hacia la

implantación de determinados valores en algunos terrenos. Este es el caso de la materia propia del Derecho Financiero y Tributario.

Concretamente, ésta ha sido la experiencia española en un ámbito especialmente significativo como es el de la ejecutividad inmediata de las sanciones tributarias no firmes. En otras ocasiones esa timidez del Tribunal Constitucional, esta vez en mayor medida secundada por el legislador ordinario, se ha visto indirectamente amparada por la jurisprudencia internacional, como es el caso de la subsistencia más o menos soterrada del principio *solve et repete*. Por muy diferentes motivos, aunque siempre en relación con el interés recaudatorio del Estado, se ha dado la paradoja de que el legislador ordinario español ha ido en estos temas más allá de lo exigido por el TCE.

En ambos casos, ha sido la evolución jurisprudencial del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que ha ido ampliando progresivamente su base de aplicación, y el consecuente peligro de presentación por parte de los contribuyentes de un aluvión de reclamaciones de indemnización por la actuación de la Administración tributaria, el acicate que ha impulsado al legislador tributario para regular tanto la no ejecutividad de las sanciones tributarias no firmes como la devolución del coste de los avales exigidos para suspender las liquidaciones en el caso de la interposición de recursos o reclamaciones contra las mismas.

Para el TCE, la validez constitucional de la ejecutividad inmediata de las sanciones tributarias no firmes se ha basado, no ya en la presunción de legalidad del acto administrativo, sino en el principio de autotutela de la Administración, secuela constitucional y, a su vez, precedente histórico de aquella presunción. El principio de autotutela, unido al deber constitucional de contribuir, es decir, unido a la importancia que tiene para el Estado mantener el nivel de los ingresos tributarios –lo que el propio TCE denomina el *interés fiscal* subyacente al deber de contribuir ex artículo 31.1 de la CE–, da como resultado que el Tribunal declare la validez de la ejecución inmediata de las sanciones tributarias en 1990 (STC 76/1990).

Sin embargo, el legislador español de 1992, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), para las sanciones administrativas en general, y, posteriormente, en la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Defensa de los Derechos y Garantías de los Contribuyentes (el llamado Estatuto del Contribuyente, hoy integrado en la nueva redacción de la Ley General Tributaria, ex Ley 58/2003, de 17 de diciembre), para las sanciones tributarias, ha renunciado a esta posibilidad que le ofrecía el

Tribunal Constitucional y ha declarado la inejecutividad de las sanciones no firmes.

Lo mismo ha ocurrido en otro ámbito sensible, el de los recursos administrativos, en relación con el principio *solve et repete*.

La regla del *solve et repete*, entendida no en su sentido primigenio, como necesidad de afianzar o pagar para interponer un recurso frente a la Administración, regla prohibida por el texto constitucional según una jurisprudencia constante en este sentido que conecta incluso con la jurisprudencia del Tribunal Supremo previa a la Constitución Española de 1978, sino como mero requisito para conseguir la suspensión de la ejecución del acto impugnado en el momento de interposición de cualquier recurso administrativo, ha sido admitida por el TCE.

El TCE admite de forma excepcional esa limitación del derecho a recurrir, que forma parte de la tutela judicial efectiva reconocida constitucionalmente, en la medida en que se trata de garantizar la eficacia del deber de contribuir y del sistema de impugnación de los actos administrativos, en vía administrativa y en sede judicial o contenciosa. Y apoya indirectamente esta posición en esa, digamos, reminiscencia de los privilegios históricos de la Administración, que es el principio de autotutela. Dicho proceder del Tribunal español entronca con una corriente constitucional europea según la cual la tutela judicial efectiva es un derecho que corresponde solamente al ámbito jurisdiccional, no al ámbito administrativo.

El TCE considera que la garantía de la eficacia del deber constitucional de contribuir establecido en el artículo 31.1 de la CE, dedicado al sistema tributario, permite, de forma excepcional, establecer trabas a la interposición de recursos por parte de los contribuyentes frente a los actos administrativos de naturaleza tributaria porque se trata de garantizar la viabilidad del sistema tributario, del cual dependen en buena medida los ingresos del Estado, y, por consiguiente, de garantizar la viabilidad misma del sistema. Para ello, acuña un nuevo concepto, el de *interés fiscal del Estado*, que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina.

Con mayor o menor acierto, el TCE ha considerado que garantizar la eficacia del sistema tributario implica garantizar la eficacia de los recursos administrativos frente al mismo sin poner en riesgo la potencia recaudatoria del sistema. De ahí que el legislador ordinario no llegue a limitar directamente la interposición de recursos, lo que probablemente chocaría de forma frontal con el texto constitucional, y que sólo se haya atrevido a establecer trabas a la suspensión de los actos administrativos de naturaleza tributaria que son recurridos.



Ambos ejemplos ilustran casuísticamente el tema que hoy expongo ante ustedes –la aplicación de los principios constitucionales de defensa que forman parte del derecho constitucional de tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos– y sirven de frontispicio a una primera consideración ya apuntada en mis anteriores palabras y punto de partida de esta exposición.

Esta primera consideración consiste en la constatación de que el Tribunal Constitucional español todavía no ha hecho una apuesta clara a favor de la aplicación del derecho constitucional de tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos. Y que en esa posición el Tribunal español no ha estado solo.

El TCE ha bebido de las fuentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), si bien de forma un tanto sesgada, dada la diferencia de los textos legales que resultan de aplicación por uno y otro Tribunal. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, es el texto aplicable por el TEDH, y la CE el que aplica el TCE. Dicha integración se produce, no obstante la integración que la CE realiza del CEDH, tanto por la condición de firmante del CEDH del Estado español, *ex* artículo 96 CE, como por la vía de la integración de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento jurídico comunitario, *ex* artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), de aplicación en España como Estado miembro de la UE.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJE), que no está vinculado por la limitación que supone el tenor literal del artículo 6 del CEDH, ha adoptado una posición diferente, favorable a la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos, pero que queda restringida al ámbito del derecho comunitario.

Por tanto, bien se puede decir que la tradición constitucional que procede de la aplicación de los convenios europeos sobre derechos fundamentales y de las constituciones de los distintos países, expresión acuñada por el TJE, ha sido y es todavía en Europa, bastante tímida en cuanto a la aplicación del principio de tutela judicial efectiva al ámbito de los procedimientos administrativos.

## 4. LA APLICACIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

### 4.1. *Planteamiento general*

El planteamiento que hace el Tribunal Constitucional español de la cuestión relativa a la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos parte de una doble consideración con respecto a este derecho fundamental.

Por una parte, el TCE reconoce la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo ante el propio TCE; y, por otra, entiende que este derecho constitucional, de contenido complejo, se aplica exclusivamente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

No obstante, el TCE reconoce un cierto margen de actuación del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de los procedimientos administrativos. De ahí que, en este terreno, si bien se permite un cierto juego del principio *solve et repete* y se admite, como hemos visto, la ejecutividad inmediata de las sanciones tributarias no firmes –lo que supone negar la aplicación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos– al mismo tiempo y por el contrario, se exige la aplicación a dichos procedimientos de otras manifestaciones de este derecho constitucional, como son los derechos de defensa.

La tesis según la cual, la prohibición de indefensión forma parte del núcleo esencial de este derecho fundamental, por lo que, como tal núcleo esencial, no admite limitación alguna, aún siendo cierta, no sirve para explicar la aplicación de la prohibición de indefensión a los procedimientos administrativos. Y no sirve porque el ámbito jurisdiccional forma parte de la propia definición del derecho y, por tanto, de su contenido esencial.

En sentido estricto, la aplicación de la protección constitucional de los derechos de defensa al ámbito administrativo constituye una verdadera y propia anticipación de un derecho fundamental de contenido procesal a la fase procedimental previa, por lo que tiene carácter excepcional y requiere de una justificación suficiente.

Esa justificación puede ser diversa y obedecer a distintos motivos. Así, puede obedecer a que exista una especial relación de continuidad, una relación directa entre el procedimiento administrativo y la fase procesal posterior; o bien puede ser debido a que el derecho concreto de que se trate, dado el carácter complejo de este derecho fundamental, tenga un ámbito

de aplicación superior o más amplio, por su conexión con otros derechos o principios constitucionalmente protegidos. Este último es el caso, en mi opinión, de los derechos de defensa, los cuales, aunque con notables limitaciones, se aplican en los procedimientos sancionadores en sentido amplio por su conexión con la presunción de inocencia.

Finalmente, cabe argumentar una última razón, la tendencia a la ampliación del ámbito de aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva que se produce como consecuencia de la evolución de la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo; y, sobre todo, por el reconocimiento explícito de su aplicabilidad a los procedimientos administrativos que realizan el TJE y la propuesta Carta Europea de Derechos. Esta última a través del reconocimiento del *principio de buena Administración*.

En la jurisprudencia del TCE, como se ha apuntado, esa anticipación de la protección constitucional de la tutela judicial al ámbito administrativo, sea cual sea su justificación concreta, no se produce, o cede, cuando resulta afectado el *interés fiscal*. Con independencia de que se trate o no del núcleo esencial del derecho fundamental.

Así pues, como conclusión primera de esta aproximación inicial al tema puedo decir que, cuando en la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se dan dos circunstancias (la aplicación del derecho constitucional a un ámbito que no le es propio; y la colisión entre este derecho y otro bien o principio constitucionalmente protegido) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cede siempre, con independencia de que se vea o no afectado su núcleo esencial.

Y en el caso de la aplicación del derecho constitucional de tutela judicial efectiva a los procedimientos tributarios el TCE ha entendido que se dan ambas circunstancias: primera, el ámbito al que se pretende aplicar este derecho no es su ámbito propio, el judicial, sino el ámbito administrativo; segunda, se produce una colisión entre este derecho fundamental y la protección constitucional del deber de contribuir. En consecuencia, en los procedimientos tributarios, el derecho a la tutela judicial cede siempre, salvo raras excepciones (limitadas básicamente a los procedimientos sancionadores en sentido amplio) ante el *interés fiscal* del Estado que deriva de la protección constitucional del deber de contribuir.

No obstante, como ha dicho el TEDH, el derecho a la tutela judicial resulta siempre afectado cuando es posible establecer una relación directa entre el procedimiento administrativo en cuestión y el posible proceso posterior. En consecuencia, si en el ámbito del procedimiento administrativo

o tributario se dan situaciones que pueden afectar a la tutela judicial efectiva en un momento posterior, esto es, en el proceso contencioso, que sí es ámbito propio de actuación de este derecho constitucional, la protección constitucional se anticipa y actúa también sobre el procedimiento administrativo. Aunque esa protección sea bastante más limitada (ya que no es el ámbito de actuación propio del derecho fundamental) y, lo que es quizás más importante, sin derecho al recurso de amparo ante el TC.

Esta es la segunda conclusión que cabe extraer de un primer análisis. La garantía del derecho a la tutela judicial en el procedimiento administrativo es menos intensa que en el ámbito judicial y se reserva a los tribunales de justicia, concretamente, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ésta garantiza la efectividad de los principios de la tutela judicial que sean de aplicación a los procedimientos administrativos.

Con palabras del profesor Tejerizo, la tesis que en definitiva avala el TCE sería la siguiente: «es posible aceptar que la alegación de los derechos que integran la tutela judicial efectiva... no puede ejercitarse más que en sede jurisdiccional y no administrativa. Pero no puede desconocerse que la actuación administrativa ha de producirse en modo tal que no suponga un desconocimiento o una violación de tales principios.» «Los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución son aplicables en el ámbito administrativo, si bien no puede accionarse sin más su violación en la vía de amparo si, previamente, no se ha instado su respeto antes los tribunales ordinarios competentes.» (TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El principio de tutela judicial...»)

## 4.2. Matizaciones

### A) La fragmentación del derecho a la tutela judicial efectiva

La anterior posición, que es la general respecto de la tutela judicial en el procedimiento administrativo, según se ha apuntado, debe ser matizada en función del tipo de derecho concreto que se vea afectado.

El derecho a la tutela judicial tiene un contenido esencial, un contenido básico, como ya han dicho los conferenciantes que me precedieron en el uso de la palabra, que se concreta en: a) el derecho de acceso a los jueces y tribunales; b) el derecho a la obtención de una resolución motivada y congruente a través de un proceso justo; y c) el derecho de defensa, es decir, el derecho a un proceso justo como derecho independiente.

El TCE admite expresamente esta pluralidad de derechos dentro del derecho

a la tutela judicial efectiva, como mencionaba el Dr. Borrell en su ponencia de ayer. Cada uno de estos derechos es susceptible de ser aplicado separadamente y, por tanto, de ser exigida su reparación también de forma aislada.

Dicha fragmentación del derecho a la tutela judicial es esencial a la hora de concretar su aplicación a los procedimientos administrativos y tributarios.

## B) La pluralidad de procedimientos administrativos

Importa tener en cuenta que no existe «el procedimiento administrativo único» sino una gran variedad de procedimientos administrativos que cumplen diferentes funciones. Si tomamos como ejemplo el ámbito tributario, tales funciones son, entre otras, la función de comprobación de datos, la investigadora, la recaudatoria, la de resolución de recursos o reclamaciones y la de imposición de sanciones. Al servicio de cada una de estas funciones se articulan, a su vez, una pluralidad de procedimientos administrativos.

Sería demasiado simple entender que sólo son aplicables por extensión las reglas de la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos de resolución de recursos y a los procedimientos sancionadores, dada su aparente similitud con los procesos judiciales. Efectivamente, estos procedimientos administrativos son los que más se asemejan a los procedimientos judiciales y se rigen, además, por reglas similares. Pero la finalidad del recurso administrativo no es exactamente la misma que la del proceso contencioso, y tampoco lo son los medios que se utilizan en una y otra instancia. Y algo semejante sucede con el procedimiento sancionador y el proceso penal. El TCE así lo ha afirmado en numerosas ocasiones, como, por ejemplo, cuando ha tratado el tema, antes mencionado, de la posible ejecución de las sanciones tributarias no firmes y de la suspensión de los actos impugnados en vía administrativa.

Por regla general, y con la única excepción, probablemente, de los dos tipos de procedimientos señalados, los sancionadores y los de revisión o resolución de recursos administrativos, no es la naturaleza del procedimiento administrativo sino su relación con el proceso judicial posterior, la que determina la anticipación de la protección constitucional de la tutela judicial. Aunque de forma limitada y teniendo en cuenta siempre el conjunto de procedimientos que anteceden al proceso.

Así, por poner un ejemplo, los tribunales europeos de Luxemburgo y de Estrasburgo han señalado que determinadas manifestaciones del principio

de tutela judicial efectiva son aplicables no sólo a los procedimientos sancionadores sino también a los procedimientos administrativos de inspección tributaria o de simple comprobación, que son procedimientos investigadores, no sancionadores ni instructorios, por la trascendencia que pueden tener en el proceso contencioso posterior.

## 5. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE ESTRASBURGO Y LUXEMBURGO EN MATERIA DE INDEFENSIÓN

A raíz de una resolución del TJE de Luxemburgo del año 1974, el CEDH entra a formar parte de los principios generales del derecho mencionados en el apartado 2 del artículo 6 del antiguo Tratado de la Unión Europea y, por tanto, a formar parte de las fuentes del Derecho comunitario. Ahora bien, los derechos fundamentales del CEDH se incorporan al derecho comunitario según, dice el Tribunal, en la interpretación que proceda de la aplicación común que resulta de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Entre estos derechos fundamentales, el TJE ha reconocido el derecho a la protección jurídica eficaz ante los tribunales y a un proceso justo, de forma explícita en el año 1986, en la Sentencia de 15 de mayo de este año, así como en la Sentencia de 5 de marzo de 1980, si bien limitándose al ámbito judicial.

En cuanto a los procedimientos administrativos, la doctrina europea ha experimentado una curiosa evolución a raíz de la conocida Sentencia Solvay frente a la Comisión, del año 1989, en la cual el TJE se plantea el daño al derecho legítimo de defensa que se produce por las facultades de investigación de la Comisión en un caso de infracción de normas comunitarias sobre competencia dentro de un procedimiento administrativo de comprobación. Se plantea la indefensión del sujeto frente a los poderes de investigación de la Comisión y el TJE dice claramente en dicha Sentencia que cuando se obtienen pruebas en un procedimiento administrativo donde exista el deber de colaborar, pruebas que, por tanto, son obtenidas bajo amenaza de sanción, hay indefensión del sujeto y se produce un atentado a la tutela judicial efectiva. Esta importante Sentencia supone una inflexión en el proceso de desarrollo de la aplicación de la tutela judicial a los procedimientos administrativos.

Pero la Sentencia Solvay ha sido después matizada por la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo, mucho más reacio a admitir la aplicación de la

tutela judicial en el ámbito de los procedimientos administrativos.

Hay que tener en cuenta que, en un principio, en el ámbito del CEDH no había posibilidad de aplicar la tutela judicial a los procedimientos administrativos. Después de la Sentencia Solvay, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha admitido dicha aplicación, pero limitada a los procedimientos administrativos sancionadores, o bien a los procedimientos de investigación que pudieran tener una trascendencia después respecto de la imposición de una sanción, incluso cuando se tratara de una sanción administrativa.

Sólo en época más reciente, el TEDH ha admitido la posibilidad de aplicación del derecho a la tutela judicial a los procedimientos administrativos de cualquier clase cuando pudieran ser fundamento no sólo de una sanción penal sino también de un incremento impositivo o tributario. Expresión muy poco precisa que da pie a hablar de exacciones de distinto tipo, desde recargos cuya naturaleza es controvertida o bien que no forman parte de la obligación tributaria inicial, a resarcimientos o sanciones.

La incorporación a este elenco de los recargos tributarios, que son obligaciones tributarias en sentido estricto, supone, a su vez, otro importante paso hacia la aplicación de las garantías del derecho a la tutela judicial a la totalidad de los procedimientos tributarios.

Después de la Sentencia Shoutten y Meldrum del año 1994 del Tribunal de Estrasburgo que niega la aplicación de los derechos de tutela a obligaciones patrimoniales que resulten de una obligación y que, por tanto, corrige la anterior Sentencia Solvay del TJE, se produce en el año 1998 la Sentencia Hozee versus Holanda, de 22 de mayo de 1998. Esta Sentencia reconoce la existencia de una dilación indebida que atenta a la tutela judicial en un procedimiento aduanero que tiene una posible incidencia sancionadora posterior. Pero la violación se produce respecto de un tema que no incide en la sanción misma sino en el proceso. Por tanto, abre la puerta a la aplicación de la tutela judicial a los procedimientos administrativos con ocasión del enjuiciamiento de un procedimiento sancionador. En definitiva, el TEDH aplica en esta Sentencia la tutela judicial a un procedimiento en el que podía haber consecuencias penales, como había dicho la Sentencia Solvay del TJE, pero en un tema que no tenía trascendencia penal. Cabe decir, por tanto, que se trata de una aplicación directa de la tutela judicial a un procedimiento tributario. (FERNANDEZ MARÍN, F, «La tutela de la Unión Europea...»)

Posteriormente, otras sentencias del TEDH, limitándose a la indefensión, han permitido la aplicación a los procedimientos administrativos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto al derecho a

obtener, a consultar y a disponer de los datos del expediente, sea éste o no un expediente sancionador y tenga o no trascendencia posterior en el ámbito de las sanciones; y, también, respecto al derecho a no declarar contra uno mismo y a no considerarse culpable, casos Funke y Saunders, no ya en procedimientos sancionadores o instructores, sino en procedimientos de simple comprobación.

En los últimos tiempos, no obstante, ha habido un cierto retroceso o, mejor, se ha producido una matización que afecta a las posibilidades de aplicar la prohibición de indefensión a los procedimientos no ligados directamente a una sanción. Este retroceso se origina por la necesidad que surge de superar la colisión entre dicha prohibición de indefensión y el deber de contribuir, dado que el deber de contribuir conlleva la exigencia de colaboración bajo sanción –y, por tanto, la obtención de datos con coacción–, en la medida en que dichos datos pueden ser pruebas que posteriormente sean utilizadas en un procedimiento sancionador.

La posición de los tribunales europeos se ha matizado en el sentido de permitir la obtención de datos bajo coacción en los procedimientos de comprobación o de investigación, dado que, de lo contrario, el procedimiento perdería su virtualidad, pues sería imposible liquidar las obligaciones tributarias, liquidar los impuestos de los sujetos, sin la coacción de la sanción por infracción del deber de colaboración.

El deber de colaboración de los contribuyentes, por consiguiente, no puede verse afectado por el derecho de defensa; pero sí los datos así obtenidos. En consecuencia, los Tribunales entienden que los datos obtenidos en un procedimiento tributario bajo coacción no pueden ser usados en un procedimiento sancionador posterior o en un proceso penal. No se restringe, en definitiva, la obtención de información, pero sí el uso que puede hacerse de la misma.

La obtención de información bajo coacción en un procedimiento administrativo, en definitiva, es justificable, pero no puede ser utilizada con finalidad sancionadora. Ya se trate de sanciones de carácter administrativo o de auténticas penas. (AGUALLO AVILÉS, A. y GARCIA BERRO, F.).

## 6. LA POSICIÓN DEL TCE EN MATERIA DE INDEFENSIÓN

La defensa es el derecho que forma parte de la tutela judicial que ha obtenido mayor número de pronunciamientos de los tribunales



constitucionales, también del Tribunal español, y de forma más garantista, es decir, con aplicación a un ámbito mayor de procedimientos administrativos. Ahora bien, este reconocimiento, en primer lugar, tiene una intensidad mucho menor que en el ámbito del procedimiento sancionador; y, en segundo lugar, como hemos visto, no es un reconocimiento absoluto, ya que su vulneración puede ser subsanada en sede judicial, por lo que no da paso directamente al recurso de amparo sino a la vía judicial.

Concretamente, el Tribunal español ha reconocido con notable amplitud dentro de los derechos de defensa en el procedimiento administrativo, el derecho de audiencia y la libertad de prueba en la Sentencia 76/1990.

Con todo, es paradójico que en el procedimiento sancionador se admita la prueba única de presunciones y que no se admitan, sin embargo, las presunciones legales, aunque sí las ficciones. Las ficciones, a diferencia de las presunciones legales absolutas, forman parte del presupuesto de la norma, son un elemento normativo, no aplicativo. La ficción es la incorporación de un hecho ficticio al supuesto normativo, sin incidencia desde el punto de vista probatorio.

Decía hace un momento el profesor Chacón que la esencia del derecho a la tutela judicial era el derecho a obtener una resolución motivada y congruente. Efectivamente, así lo considera también el TCE cuando reconoce el derecho a obtener una resolución en los procedimientos administrativos, sean o no procedimientos contradictorios.

Se trate o no de la resolución de un recurso administrativo, el derecho a la tutela judicial garantiza en cualquier procedimiento el derecho a obtener una resolución *motivada*, entendiendo por motivación no el haber respondido a todas las alegaciones sino el haberlas tenido en cuenta; *congruente*, es decir, que no modifique los términos del debate procedimental previo; y añade un requisito más, de especial importancia en el ámbito administrativo y que quizá no ha sido tan destacado en el ámbito judicial, una resolución *debidamente notificada*, el derecho a la notificación de la resolución.

El derecho a que la resolución sea notificada individualmente es un derecho que, obviamente, condiciona el acceso a los tribunales de justicia. En las Sentencias 102 y 105 de 1993, el TCE reconoce como regla el derecho a la notificación individual, permitiendo sólo de forma excepcional la notificación colectiva.

El Tribunal no ha reconocido, sin embargo, el derecho a un plazo

razonable en la duración de los procedimientos, aunque sí considera prohibidas las dilaciones indebidas en el caso de que haya plazo legal. Es el legislador ordinario quien ha procedido a establecer dichos plazos máximos y a regular las consecuencias de su incumplimiento (LRJPAC y Ley 1/1998).

Además, existen en el ordenamiento jurídico español procedimientos administrativos que no tienen plazo para su inicio, por lo que dicho plazo coincide con el plazo de prescripción. Es el caso, por ejemplo, del procedimiento de apremio. El derecho al plazo no ha sido reconocido por el TCE.

Asimismo, en el ámbito del derecho a los recursos administrativos, el Tribunal, que ha establecido el principio *pro acción* desde el año 1993 en dos Sentencias, la 96/1993 y la 160/1993, en cuya virtud todos los requisitos y obstáculos para el acceso a los tribunales han de entenderse de forma restrictiva, exigiendo la doble instancia judicial sólo y exclusivamente para el orden penal, mantiene, sin embargo, la necesidad de agotar la vía administrativa previa antes de acudir a la judicial en sendas Sentencias también del año 1993, la 120 y la 122 de 1993; y la validez del silencio administrativo negativo como indicador del plazo para recurrir (Sentencias 204 de 1987 y 49 de 1992).

Probablemente es en el ámbito del procedimiento sancionador y de la presunción de inocencia donde el TCE ha sido más explícito a la hora de sumarse a la tradición europea manifestando que en tales procedimientos y en aquellos que de alguna forma pueden dar origen a un procedimiento penal posterior, ha de ser respetado el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Ciertamente, el derecho a no confesarse culpable forma parte de las garantías penales más que de la tutela judicial efectiva, pero el tema tiene gran importancia en derecho tributario por la trascendencia de la conformidad del contribuyente respecto de lo instruido en un procedimiento comprobador o en un procedimiento de inspección. Estos procedimientos terminan rápidamente cuando se da la conformidad del sujeto pero: o bien se limita el posible proceso posterior, en el cual no se pueden discutir ya aquellos hechos respecto de los que se ha prestó conformidad en el procedimiento administrativo; o bien, si se recurre posteriormente, se pierden las ventajas obtenidas en el ámbito administrativo por la conformidad. En estos casos, entiende el Tribunal que, aunque la conformidad permita ciertas ventajas, no puede decirse que ésta haya sido obtenida bajo coacción.

En varias Sentencias del año 1985, el TCE destacó que los procedimientos

de comprobación, concretamente la investigación de cuentas corrientes, fueran cuales fueran los resultados a que se podía llegar y sus consecuencias, penales o no, no vulneraban el derecho a la intimidad. No se contemplaba en aquel momento la posibilidad de aplicación del artículo 24 CE, derecho a no autoinculparse y derecho a la tutela judicial. Posteriormente, en el año 1990, con ocasión de la modificación de la Ley General Tributaria de 1985, el Tribunal sí se planteó la aplicación de la tutela judicial al procedimiento tributario, asumiendo la posición del Tribunal de Estrasburgo.

De ahí que el legislador español en algunas ocasiones, como decía al principio, haya ido más allá que el TCE al establecer reglas que son conformes al derecho a la tutela judicial efectiva pero que entonces no eran exigidas por las tradiciones constitucionales europeas, y que lo haya hecho posteriormente, aunque muy probablemente, por motivos económicos, no por vía de reconocimiento de derechos constitucionales.

Las vías, en definitiva, para la amplia aplicación y el desarrollo de los principios constitucionales y el completo establecimiento del Estado de Derecho, podríamos concluir, son varias. Unas veces son las Cortes Constitucionales, otras, problemas de carácter económico, y, en otras ocasiones, la presión internacional. Pero lo importante es que todas esas vías confluyan en un mismo punto y se orienten en una dirección común.

Muchas gracias.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AGUALLO AVILÉS, A. y GARCIA BERRO, F., «El deber de colaborar con la Administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse. Un análisis crítico de la cuestión a la vista de la jurisprudencia europea y norteamericana». En *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 1/2001, p. 228 y ss.
- FERNÁNDEZ MARÍN, F., *La tutela de la Unión Europea al contribuyente en el intercambio de información tributaria*. Ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- MALHERBE, J., «L'equo procedimento in materia fiscale: principio generale ovvero garanzia nell'ambito dell'armonizzazione» en *Convegno di Studio «Per una costituzione fiscale europea»*, Bologna, 28, 29 ottobre 2005.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M., «El principio de tutela judicial efectiva y los procedimientos tributarios», *Civitas REDF* n.º 82, 1994, p. 266 y ss.



## PROCESOS CONSTITUCIONALES



# LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN GUATEMALA

ROBERTO MOLINA BARRETO

*Magistrado de la  
Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala*

## I. PRESENTACIÓN

En la actualidad los procesos constitucionales se han entronizado como instrumentos legales de gran importancia en el desarrollo, no sólo jurídico, sino social y político de las naciones latinoamericanas, en la medida en que la población los aprecia como cauces seguros que viabilizan la tutela efectiva de sus derechos fundamentales y de la plena vigencia del régimen constitucional en general.

A través de ellos, los preceptos ideales y abstractos contenidos en las Cartas magnas trascienden de la retórica formal, para cobrar vida y hacerse tangibles en la vida de los ciudadanos, y con ello se revitaliza la identificación de estos con su estatus de poder soberano del Estado y con las normas supremas que los rigen, todo lo cual conlleva una indudable significación en términos de armonía social, credibilidad de la Administración de Justicia y gobernabilidad.

Por otro lado, al emprender la tarea de abordar el tema de los procesos constitucionales, debe partirse de una perspectiva integral que permita situarlos en su justa dimensión dentro del andamiaje jurídico-institucional destinado al resguardo de la justicia constitucional: como componentes procesales de un sistema dinámico cuya eficacia se encuentra supeditada en

última instancia a la adecuada orientación y buen juicio de los tribunales constitucionales encargados de su tramitación. De tal suerte, resulta entonces pertinente, si no ineludible, hacer alusión a los últimos, como principales responsables del correcto devenir de aquéllos.

Con esta inescindible vinculación parece coincidir Juan Colombo Campbell que, al proponer una definición de los procesos constitucionales, incluye a la magistratura constitucional como elemento esencial: «El proceso constitucional se ocupa sustancialmente de tutelar el principio de la supremacía constitucional [...] es el conjunto de actos relacionados entre sí, realizados por o ante la magistratura constitucional y que permite desarrollar la actividad constitucional [...]»<sup>1</sup>, tesis que, según afirma, también es compartida por otros renombrados juristas como Néstor Pedro Sagués y Jorge Peyrano.

En armonía con esa línea de pensamiento, la presente ponencia se encuentra dividida en dos segmentos principales, íntimamente ligados entre sí, separados únicamente por razón de método: el primero de ellos dedicado a la *Corte de Constitucionalidad*, tribunal colegiado que en la República de Guatemala ostenta la responsabilidad de ser la máxima autoridad e intérprete supremo en la materia; y el segundo, atinente a las *Garantías Constitucionales*, denominación atribuida a los procedimientos especiales que posibilitan el control de la constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales, es decir, los procesos constitucionales propiamente dichos.

## II. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

### II.I. Antecedente

El antecedente histórico más próximo, relativo a la institución del tribunal constitucional en Guatemala, se remonta a 1964, año en que, en el marco del III Congreso Jurídico Guatemalteco, se presentaron las primeras ponencias sobre la creación del «Tribunal de Control Constitucional» y «Proyecto de Ley de Control de la Inconstitucionalidad»; tales ponencias fueron inspiradas en la experiencia judicial guatemalteca y, fundamentalmente, en la estructura del Tribunal Constitucional de

---

1. Citado por FRANCISCO FLORES JUÁREZ, JUAN, actual magistrado constitucional y ex-presidente de la Corte de Constitucionalidad, en su obra *Constitución y Justicia Constitucional /Apuntamientos*, (2005). Pág. 84.



la República Federal de Alemania, siguiendo las directrices del sistema austríaco postulado por Hans Kelsen.

El proyecto aprobado en dicho evento académico constituyó una importante fuente de referencia para los constituyentes que en 1965 redactaron una nueva Ley Fundamental, habiendo incorporado dicho proyecto en ella –aunque con algunas variantes que no estaban del todo de acuerdo con la propuesta original– de cuyo contenido se extraen algunos de los rasgos más representativos que caracterizaron a dicho órgano en esa época:

A) Se acogía el modelo austriaco o concentrado, pero en una modalidad dual: un *Tribunal Extraordinario de Amparo*, integrado por el Presidente de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones o, en su defecto, por el de las otras, en orden numérico, y seis vocales de las propias salas, que eran designados por sorteo entre los propietarios y suplentes de las mismas, practicado por la Sala a la que pertenecía el presidente que era designado. Y, por otro lado, la *Corte de Constitucionalidad*, integrada por el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y siete miembros más designados por sorteo practicado entre todos los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo.

Al Tribunal Extraordinario de Amparo le correspondía conocer y resolver los «*recursos*» de amparo –tanto a nivel doctrinario como legal, esa connotación ya ha sido superada– planteados contra la Corte Suprema de Justicia o cualquiera de sus miembros, y contra el Congreso de la República y el Consejo de Estado (órgano que ya no existe en la actualidad) por actos y resoluciones no meramente legislativos. Y, por su parte, la Corte de Constitucionalidad estaba encargada del conocimiento de los «*recursos*» interpuestos contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contuvieran vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

B) La existencia temporal de los referidos órganos era limitada, pues se conformaban estacionalmente cuando necesitaba juzgar un caso que hubiere llegado a su sede, supuesto que se manifestó en escasas ocasiones. Según datos compilados y aportados por el ex-magistrado constitucional y ex-presidente de la Corte de Constitucionalidad, Mynor Pinto Acevedo<sup>2</sup>, durante el

---

2. En su obra titulada *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*; (1995). Pág. 31.

último período de ese sistema (1978-1982) fueron emitidas únicamente ciento veintitrés sentencias de amparo, de las cuales solamente veintidós otorgaron la protección constitucional instada; y, por otro lado, revelando cifras aun más dramáticas, en los dieciséis años de existencia de este sistema de justicia constitucional fueron interpuestos únicamente cinco «recursos de inconstitucionalidad», de los cuales dos fueron rechazados liminarmente, dos fueron declarados sin lugar, y uno solo fue declarado procedente.

C) A dichos órganos se les confería una independencia y autonomía relativas, en vista de que los magistrados que los integraban formaban parte, a la vez, de los órganos del estamento ordinario, es decir, del Poder Judicial –el presidente de la Corte Suprema de Justicia ejercía, eventualmente, también, la Presidencia de la Corte de Constitucionalidad. Tal circunstancia redundó, inevitablemente, en el menoscabo de la confianza y credibilidad hacia ellos.

D) El ámbito de operación del amparo era sumamente restringido, dado que se constreñía al control judicial de los actos de poder público ejercidos por la Corte Suprema de Justicia o cualquiera de sus miembros, el Congreso de la República y el Consejo de Estado. Se excluían así los actos de la Administración pública, incluidos los producidos por el presidente de la República; asimismo, se excluían los actos que actualmente controla el denominado «*amparo judicial*», es decir, los producidos por el organismo judicial en todas sus instancias.

Con el movimiento político-militar que sirvió de parapeto al golpe de Estado de 1982, se produjo la abrogación de la Constitución de 1965, lo cual abrió paso a una coyuntura especialmente permeable a la instauración de un nuevo y más firme orden constitucional, tras los sucedáneos seísmos políticos que le precedieron.

En vista del agotamiento institucional en el que se encontraba sumida la Corte de Constitucionalidad instaurada en 1965, así como todo el sistema de control judicial de constitucionalidad establecido por el Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente (cuerpo normativo de rango constitucional que desarrollaba dicha materia hasta entonces), las Primeras Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala en 1984 concluyeron recomendando la creación de un tribunal constitucional concentrado, permanente y autónomo.

Deviene oportuno en este punto, para ilustrar el particular reto histórico que el convulsionado clima socio-político que imperaba entonces le imponía

a la justicia constitucional, traer a colación las palabras vertidas por Mauro Capelletti respecto a la forma en que se manifestó el mismo fenómeno en el continente europeo: «[...] Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno [...]»<sup>3</sup>.

En ese contexto, y una vez tomadas las medidas necesarias al efecto de reconducir la vida democrática del país, en 1985 la sociedad civil impulsó la redacción, promulgación y entrada en vigencia de un nuevo cuerpo normativo supremo, que es el que, con algunas reformas, se encuentra vigente a la fecha.

Entre otras innovaciones que se introdujeron al diseño del aparato estatal, en él se da vida a una nueva Corte de Constitucionalidad, con la fisonomía y particularidades que la caracterizan en la actualidad.

## *II.II. Marco institucional y normativo*

Con la Constitución Política de la República de 1985 se implementaron modificaciones sustanciales a la estructura institucional de control del ejercicio del poder público. Entre ellas destacan especialmente dos: primero, la inserción de dos nuevas instituciones destinadas a ejercer una notable injerencia jurídica, política y social en el acontecer nacional: la Procuraduría de los Derechos Humanos –la primera en el continente americano, siguiendo el modelo del *ombudsman* europeo– y el Tribunal Supremo Electoral –ahora autónomo, contrastando con el tristemente célebre Registro electoral, que dependía del organismo ejecutivo–; y, por otro lado, también sobresale el hecho de que se produce toda una reingeniería del perfil de la Corte de Constitucionalidad –uno de los primeros de una serie de procesos de modernización de los sistemas de justicia constitucional que se dieron en este hemisferio durante las últimas dos décadas.

Consecuentemente, de forma colateral al clásico escenario tripartito del poder que fuera trazado por Montesquieu, y con el evidente propósito de robustecer los mecanismos de fiscalización del poder público –en franca respuesta a la historia reciente, impregnada de autoritarismo y arbitrariedad–, la Carta Magna contempló el posicionamiento de otras tres entidades de

---

3. Citado por FLORES JUÁREZ, JUAN FRANCISCO. *Op. cit.* Pág. 92.

carácter supremo, en un plano de independencia e insubordinación:

A) La *Procuraduría de los Derechos Humanos*, designada como la responsable de la defensa de los derechos humanos de la ciudadanía ante el poder público, a través del pronunciamiento de juicios y condenas de carácter político-moral;

B) El *Tribunal Supremo Electoral*, destinado a hacerse cargo de la organización y administración del régimen electoral y, por ende, de propiciar y proteger la transparencia en el desarrollo de los procesos electorales; y

C) La *Corte de Constitucionalidad*, que preservó su función esencial de ser la garante del orden constitucional, pero ahora dotada de elementos que variaron sustancialmente su estructura, como autonomía, permanencia e independencia; y, además, habiendo absorbido las atribuciones del antiguo Tribunal Extraordinario de Amparo.

La actual Corte de Constitucionalidad se encuentra regulada dentro del Título VI de la Constitución de 1985, denominado: «*Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional*», mientras que el detalle de su organización y competencias se encuentra desarrollado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente). El artículo 268 de la Carta Magna la define en los siguientes términos: «La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia [...]».

Con este esquema institucional, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca pretendió imitar la exitosa experiencia que había sido alcanzada en algunos países del continente europeo como Alemania, Italia y España, y adoptó un perfil muy semejante al que ya por entonces distinguía a los tribunales constitucionales de algunas naciones sudamericanas como Chile, Ecuador y Perú, que también sería recogido poco después en las legislaciones de Colombia y Bolivia.<sup>4</sup>

---

4. EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: Una Visión Comparativa* (2000). Pág. 8.

### II.III. Integración

Una de las variaciones sustanciales que la institución sufrió en comparación con el sistema anterior, fue el relativo a su conformación o integración, pues no se encuentra ya en un plano de dependencia con el sistema de designación que corresponde a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte de Apelaciones, por cuanto se ha desligado por completo de la estructura de la jurisdicción ordinaria.

De conformidad con lo que para el efecto preceptúan el artículo 269 de la Constitución Política de la República y el artículo 150 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la composición del Tribunal constitucional guatemalteco se realiza de la siguiente forma:

- A) Un magistrado titular y su respectivo suplente, electos por el pleno de la Corte Suprema de Justicia;
- B) Un magistrado titular y su respectivo suplente, electos por el pleno del Congreso de la República;
- C) Un magistrado titular y su respectivo suplente, electos por el presidente de la República en Consejo de ministros;
- D) Un magistrado titular y su respectivo suplente, electos por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala (universidad estatal);
- E) Un magistrado titular y su respectivo suplente, electos por la Asamblea del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Para ser elegible para el cargo de magistrado constitucional se requiere ser guatemalteco de origen, abogado colegiado, de reconocida honorabilidad y tener por lo menos quince años de graduación profesional; además, debe tratarse, preferentemente, de personas con experiencia en la función y administración pública, magistraturas, ejercicio profesional y docencia universitaria, según sea el órgano que los designe. Una vez electos, los magistrados desempeñan su cargo durante cinco años, pudiendo ser reelectos por el organismo que los designó o por cualquier otro facultado para ello.

La presidencia es ocupada de forma anual y rotativa por los magistrados titulares, siguiendo un orden descendente a partir del que tenga mayor edad. Al magistrado que figure como presidente corresponde la representación legal del Tribunal, así como la selección, nombramiento y remoción del secretario general, tesorero, jefes de sección y demás personal y, en general,

el ejercicio de todas las potestades administrativas.

La Corte de Constitucionalidad se integra con sus cinco miembros titulares, salvo cuando se trata de apelaciones de sentencias de amparo proferidas por la Corte Suprema de Justicia o de inconstitucionalidades de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, supuestos en los cuales se conforma con siete miembros, debiendo para el efecto elegir a los otros dos magistrados por sorteo entre los suplentes. Sus resoluciones se adoptan por mayoría absoluta y el presidente no tiene voto de calidad.

## II.IV. Competencia

Siguiendo el ejemplo de los tribunales constitucionales de Alemania, España e Italia, la competencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala quedó establecida de forma bastante amplia y se encuentra especificada en el artículo 272 de la Constitución Política de la República y los artículos 163, 164, 165, 175 y 191 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

A efecto de propiciar un mejor entendimiento del tema, en la presente ponencia se clasifican y aglutinan en cuatro grupos los supuestos enumerados en esas disposiciones, de acuerdo a su naturaleza: competencia jurisdiccional, competencia dictaminadora, competencia dirimente y competencia política, cada una de las cuales se aborda por separado a continuación:

### II.IV.I. Jurisdiccional

Es, sin duda alguna, la faceta del ámbito de competencia de la Corte que mayor volumen de trabajo le impone y, por ende, el haz de asuntos al que se encuentra sustancialmente enfocada la mayor parte de su actividad; esencialmente atañe al control de la constitucionalidad denominado «reparador o *a posteriori*» y a la tutela de derechos fundamentales. Esta competencia puede clasificarse, a su vez, atendiendo al momento procesal en que se presenta, en los siguientes términos:

- A) *Directa*, cuando se someten a su conocimiento los planteamientos de:
- i. Inconstitucionalidades de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general [Artículo 272 inciso a) de la Constitución Política de la República y artículo 163 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]

- ii. Amparos Uni-Instanciales [Artículo 272 inciso b) de la Constitución Política de la República y artículo 163 inciso b) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]
- B) *En Alzada*, cuando se someten a su conocimiento los pronunciamientos que en primer grado han resuelto los planteamientos de:
- i. Inconstitucionalidades en caso concreto [Artículo 272 inciso d) de la Constitución Política de la República y artículo 163 inciso d) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]
  - ii. Amparos Bi-Instanciales [Artículo 272 inciso c) de la Constitución Política de la República y artículo 163 inciso c) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]

#### II.IV.II. Dictaminadora

Aunque no representa una carga cuantitativamente significativa para el tribunal, constituye uno de los aspectos cualitativamente más interesantes de sus funciones, pues le permite al mismo incidir directa o indirectamente sobre el proceso legislativo de formación de ley o, en todo caso, constituirse en una suerte de consultor especializado dentro de la estructura estatal. En cualquier caso, más allá de que sus pronunciamientos en este plano no siempre son vinculantes, suponen una valiosa oportunidad para que la Corte propicie el encauzamiento de los actos emanados de la administración pública dentro del marco de la superlegalidad constitucional, antes de que se produzcan.

A) *Control Previo de Constitucionalidad de Carácter Obligatorio*, cuando se requiere que emita un juicio de constitucionalidad en los siguientes supuestos:

- i. Dictamen –carácter vinculante– sobre proyectos de reforma de las leyes catalogadas como de rango constitucional [Artículo 175 de la Constitución Política de la República y artículo 164 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]
- ii. Opinión –carácter no vinculante– sobre proyectos de leyes vetados por el Organismo Ejecutivo alegando vicio de inconstitucionalidad [Artículo 272 inciso h) de la Constitución Política de la República y artículo 163 inciso h) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]

B) *Control Previo de Constitucionalidad de Carácter Facultativo*, cuando se requiere que emita opinión –carácter no vinculante– sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado [Artículo 272 inciso e) de la Constitución Política de la República y artículos 163 inciso e) y 164 inciso b) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad].

C) *Función Asesora*, cuando cualquiera de los tres organismos del Estado le requiera opinión consultiva –carácter no vinculante– acerca de alguna materia de su interés (Artículos 171 al 177 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

#### II.IV.III. Dirimente

Probablemente una de sus funciones que más atípicamente se demandan, pero es importante que se encuentre prevista, dados los indudables alcances que esta atribución puede llegar a tener en un momento dado en la conservación del orden constitucional y la vigencia del principio de seguridad jurídica.

A) *Cuestiones de competencia entre los organismos y entidades autónomas del Estado* [Artículo 164 inciso c) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad].

B) *Conflictos de jurisdicción y/o competencia en materia de constitucionalidad y amparo* [Artículo 272 inciso f) de la Constitución Política de la República y artículos 15, 16 y 163 inciso f) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad].

#### II.IV.IV. Política

A pesar de que muchas otras de sus atribuciones se encuentran intrínsecamente cargadas de un evidente matiz político, sin duda alguna es la contemplada en el artículo 277 inciso c) de la Constitución Política de la República la que encaja más manifiestamente en ese contexto, pues le confiere a la Corte *iniciativa de reforma a la Constitución*, facultad que únicamente comparte con el presidente de la República en Consejo de Ministros, un mínimo de diez diputados al Congreso de la República, y un mínimo de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados.



### III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Esta denominación recibe, en el contexto de la Ley Fundamental de Guatemala, el conjunto de mecanismos y procedimientos especiales destinados al control de constitucionalidad de los actos de la administración pública y a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que configuran los que doctrinariamente se conocen como procesos constitucionales.

Estos procesos pueden agruparse, para su estudio, en dos grandes bloques: en el primero, los orientados hacia la custodia del principio de supremacía constitucional en la producción normativa –Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general e inconstitucionalidad en caso concreto– y, en un segundo bloque, aquellos enfocados hacia la protección de los derechos fundamentales de la población –Amparo y Exhibición Personal. A continuación se desarrollan por separado cada una de las referidas figuras:

#### *III.1. Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general*

Bajo este título se ha previsto en el ámbito guatemalteco el control directo, abstracto y reparador de constitucionalidad, sobre las normas infraconstitucionales que conforman el ordenamiento jurídico. A través de dicho mecanismo se patentiza la misión de la Corte de Constitucionalidad como intérprete máximo y definitivo del contenido de la Carta Magna, pues a ella compete con exclusividad el conocimiento de este tipo de planteamientos.

Así lo disponen el artículo 267 de la Constitución Política de la República y el artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: «Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad».

La Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general puede manifestarse de dos distintas formas, según la naturaleza del vicio del que adolecen las disposiciones señaladas:

A) *Inconstitucionalidad por vicios materiales*, que es la que más comúnmente se presenta, cuando se refiere a discordancias de fondo entre los preceptos consagrados en el texto constitucional y las disposiciones legales impugnadas; y

B) *Inconstitucionalidad por vicios formales*, conocida también con el nombre de *Inconstitucionalidad Interna Corporis*, que atiende a irregularidades en el proceso legislativo de formación de ley.

El análisis confrontativo que esta figura demanda, a efecto de determinar si existe desavenencia entre la Constitución y la ley, reglamento o disposición de carácter general cuestionados, debe desarrollarse en un plano estrictamente técnico-jurídico, a partir de premisas argumentativas que razonablemente conduzcan a establecer de forma concluyente si aquellos se encuadran o no en el marco de la constitucionalidad. De tal suerte, no es dable que por esta vía se propicie una ponderación en términos de utilidad, bondad o beneficio real que conlleven las disposiciones objeto de examen.

En ese sentido se pronuncia decididamente Mynor Pinto Acevedo, cuando afirma que «El análisis para establecer la incompatibilidad entre la ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin substituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas, las que por el principio de legitimidad democrática de la ley su constitucionalidad se presume *iuris tantum* [...]»<sup>5</sup>.

Las últimas palabras antes citadas traen a colación otra limitación natural que define los alcances del estudio de este tipo de planteamientos: el principio *in dubio pro legislatoris*, de acuerdo con el cual los actos y normas que emanan de la administración pública gozan de una presunción de constitucionalidad. Consecuentemente, su invalidación debe estimarse como un suceso excepcional y contundentemente justificado, sobre la base de la detección de un vicio de inconstitucionalidad evidente.

Este es el criterio sustentado por el ex-magistrado constitucional y ex-presidente de la Corte de Constitucionalidad, José Arturo Sierra González, quien afirma: «Un auténtico asunto de colisión de una norma de inferior jerarquía con la carta suprema que debe ser objeto de atención por el tribunal específico, sólo es la que se produce en aquellos casos en donde se vislumbre un choque frontal, a fondo y sin lugar a dudas con la norma constitucional, bien sea porque las normas inferiores tergiversen, restrinjan o disminuyan derechos, principios o valores protegidos por la norma suprema, o bien porque trastoken la estructura organizativa fundamental del Estado y sus organismos [...]»<sup>6</sup>.

---

5. *Op. cit.* Pág. 49.

6. En su obra denominada *Derecho Constitucional Guatemalteco* (2000). Págs. 185 y 186.

### III.I.I. Legitimación activa

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, poseen legitimación activa para formular este tipo de planteamiento:

- A) *La Junta Directiva del Colegio de Abogados*, actuando a través de su Presidente.
- B) El Ministerio Público, a través del *procurador general de la Nación* (actualmente estas instituciones se encuentran divididas, por lo que la legitimación corresponde al segundo, por razones de idoneidad);
- C) *El procurador de los Derechos Humanos*, en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; y
- D) *Cualquier persona*, siempre y cuando cuente con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

### III.I.II. Efectos

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 138 y 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, los efectos que eventualmente conlleva el planteamiento y estimación de una Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general pueden manifestarse de dos formas, dependiendo de las circunstancias particulares que rodeen el caso concreto:

- A) *Provisionales*, cuando el tribunal constitucional aprecia que la inconstitucionalidad denunciada es notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables y, en consecuencia, decreta la suspensión provisional de las disposiciones cuestionadas. Dicha suspensión se publica en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado y posee alcances generales.
- B) *Definitivos*, cuando el tribunal constitucional acoge en definitiva el planteamiento incoado y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad de las disposiciones señaladas, las cuales pierden su vigencia desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial o, en su caso, desde que se decretó la suspensión provisional.

### III.II. Inconstitucionalidad en caso concreto

En aras del prevailecimiento del principio de supremacía constitucional, los titulares de los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de observar siempre el debido respeto y aplicación de la Constitución Política de la República al momento de dilucidar los asuntos sometidos a su conocimiento. En tal virtud, todo ciudadano tiene derecho a instar que esta premisa se cumpla efectivamente, a través del planteamiento de esta institución procesal constitucional, cuando aprecie que resulta inconstitucional la eventual aplicación de determinada norma legal a su caso concreto.

Así lo disponen el artículo 266 de la Constitución Política de la República y el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: «En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.»

Conocida doctrinariamente como *Inconstitucionalidad Indirecta*, su inclusión en el abanico de garantías constitucionales persigue, no sólo proteger el derecho de las personas involucradas en un proceso a que la litis que se ventila sea dilucidada en definitiva a partir de la aplicación de normas jurídicas que se encuentren en plena armonía con la Carta Magna –perspectiva subjetiva– sino asegurar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional sobre todas las disposiciones que conforman el universo legal –perspectiva objetiva.

En ese sentido se pronunció la misma Corte de Constitucionalidad a nivel jurisprudencial: «En todo proceso de cualquier jurisdicción o competencia, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. Esta garantía constitucional, constituye un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto, en general, mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda otra norma jurídica que no sea compatible con ella y en particular, orientar la selección adecuada de las normas aplicables a los casos concretos [...]»<sup>7</sup>.

---

7. Sentencia de Apelación de Auto de Inconstitucionalidad en Caso Concreto, dictada por la Corte de Constitucionalidad el 6 de junio de 1997, dentro del expediente número 1297-96.

### III.II.I. Legitimación

En atención al enfoque particularizado que su naturaleza jurídica entraña, la legitimación para el planteamiento de una Inconstitucionalidad en Caso Concreto corresponde a aquellos sujetos procesales que puedan verse directamente afectados con la aplicación de normas que aprecian como inconstitucionales que el juzgador pueda hacer para resolver su caso particular.

Respecto a la relaciones jurídico-procesales que constituyen factor determinante en función de establecer la legitimación activa en este contexto, acota el ex-magistrado constitucional y ex-presidente de la Corte de Constitucionalidad Luis Felipe Sáez Juárez lo siguiente: «Partiendo de la doctrina italiana que, según Saavedra Gallo, halla su mejor desarrollo en Capelletti, el planteamiento de la inconstitucionalidad indirecta constituye un proceso autónomo por su objetivo, que se vincula al proceso principal por su elemento subjetivo, dado que solamente están legitimados para iniciarlo los sujetos en aquel proceso, en el cual resulta aplicable una norma legal de constitucionalidad dudosa, cuyo conocimiento adquiere plena autonomía en relación con el principal [...]»<sup>8</sup>

De esa cuenta, el campo de legitimación activa para instar este procedimiento prácticamente se traduce en el libre acceso a los tribunales del que gozan los ciudadanos para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de la República.

### III.II.II. Efectos

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 116 y 126 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en el devenir procesal de la Inconstitucionalidad en caso concreto pueden presentarse esencialmente dos tipos de repercusiones, dependiendo del grado de avance en el que se encuentre el procedimiento:

A) *Provisionales*, la decisión de los tribunales que conocen de este planteamiento en primer grado, ya sea acogiendo o desestimando los argumentos del interponente, produce el efecto material de paralizar la tramitación del proceso de jurisdicción ordinaria. Esta previsión

---

8. En su obra denominada: *Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala* (2004). Pág. 55.

responde a la lógica necesidad de impedir que el juzgador decida la cuestión principal, sin que haya adquirido firmeza el fallo que esclarezca la legitimidad constitucional de la aplicación de las normas en las que aquel pueda fundarse para ese fin.

B) *Definitivos*, una vez que ha adquirido firmeza la resolución que acoge en definitiva el planteamiento de inconstitucionalidad, ya sea en primera o segunda instancia, la consecuencia esencial que de ello deriva es la total inaplicabilidad de las disposiciones señaladas, como sustento del fallo que dilucida la cuestión principal que dio origen a aquel.

Como colofón al desarrollo del tema del control de constitucionalidad de las normas, a continuación se incluye un cuadro sinóptico que ilustra un análisis comparativo entre las características que distinguen a las dos variantes de dicho control en el ordenamiento jurídico guatemalteco:

|  | Sistema de competencia         | Forma de interposición            | Naturaleza del fallo | Alcance temporal | Alcance subjetivo   |
|--|--------------------------------|-----------------------------------|----------------------|------------------|---------------------|
| Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general | Concentrado (modelo austriaco) | Vía directa (control abstracto)   | Constitutivo         | <i>Ex nunc</i>   | <i>Erga omnes</i>   |
| Inconstitucionalidad en caso concreto  | Difuso (modelo norteamericano) | Vía incidental (control concreto) | Declarativo          | <i>Ex tunc</i>   | <i>Inter-partes</i> |

### III.III. Amparo

Esta garantía constitucional se encuentra dirigida a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ante toda conculcación o amenaza que contra ellos pudiera emanar del poder público o de otra manifestación de autoridad –exceptuando el derecho a la libertad individual, cuya salvaguarda corresponde a la exhibición personal.

Así lo establecen el artículo 265 de la Constitución Política de la República y el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: «Se instituye el amparo con el fin de proteger a las

personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan».

El Amparo, también conocido bajo la denominación de «*Tutela*» en otros ordenamientos, constituye sin duda una de las figuras más emblemáticas del derecho procesal constitucional actualmente. Después de una concepción originaria en la que la inconstitucionalidad era el estandarte por excelencia de la justicia constitucional, se ha situado como uno de los recursos (utilizado este término en su acepción cotidiana, no procesal) de más difundida utilización en el entorno forense guatemalteco.

Resulta pertinente traer a colación algunos de los conceptos vertidos por la propia Corte de Constitucionalidad con relación a la naturaleza de esta figura: «El amparo tiene el carácter de medio extraordinario y subsidiario de protección contra aquellos actos u omisiones de autoridad que conlleven una lesión a los derechos del postulante, protegiendo o restaurándole en la situación jurídica afectada [...]».

Nótese el especial énfasis que el tribunal constitucional pone en concebirlo como medio *extraordinario* y *subsidiario*, redacción que atiende a determinados rasgos y principios que definen la naturaleza del amparo. El letrado y actual secretario general de la Corte de Constitucionalidad, Martín Guzmán Hernández, condensa los principios que Juventino Castro y otros tratadistas le atribuyen a esta figura, adecuándolos a su connotación de proceso<sup>9</sup>:

A) *Iniciativa o Instancia de Parte*, pues el Amparo no puede operar oficiosamente, para que exista este proceso constitucional debe haberse promovido por alguien.

B) *Agravio Personal y Directo*, ya que de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de México, por *agravio* debe entenderse todo menoscabo y toda ofensa a la persona, sea esta física o moral; pudiendo ser el menoscabo patrimonial o no, siempre que sea material y apreciable objetivamente. Además, debe recaer en una persona determinada y debe tratarse de una realización pasada, presente o inminente.

---

9. En su obra denominada *El Amparo Fallido* (2004). Págs. 34 - 42.

C) *Prosecución Judicial*, pues el Amparo se sustancia por medio de un procedimiento eminentemente judicial, que naturalmente conlleva la presencia de formas típicamente procesales tales como demanda, período de prueba, alegatos y sentencia.

D) *Relatividad de la Sentencia*, pues sus efectos se circunscriben a los sujetos que intervinieron en la dilación del proceso (sin perjuicio que la tesis sostenida en ellos, cuando los emite la Corte de Constitucionalidad, pueda eventualmente adquirir el carácter de obligatoriedad para todos los órganos jurisdiccionales, por medio de la *doctrina legal*).

E) *Definitividad*, principio que encuentra asidero precisamente en el cariz de *extraordinario* y *subsidiario* que se le atribuye al amparo en el fallo antes citado, pues debido a esa connotación, únicamente podrá acudirse a él cuando se hayan agotado todas las alternativas contempladas en el plano de la jurisdicción ordinaria.

F) *Congruencia*, que radica en la circunstancia de que el juzgador debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto contra el cual se reclama, a la luz de los argumentos esgrimidos por el postulante.

Por otro lado, dependiendo del órgano al que la ley de la materia asigna la competencia para su conocimiento –que a su vez se desprende de la autoridad cuyo proceder u omisión se reclame como agravante– estas acciones constitucionales pueden clasificarse en dos tipos básicos:

A) *Amparo uni-instancial*, cuando se trate del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y el presidente y vice-presidente de la República, ya que en esos supuestos la competencia corresponde con exclusividad y en única instancia a la Corte de Constitucionalidad.

B) *Amparo bi-instancial*, cuando se trata de cualquier otro estamento del poder público o manifestación revestida de autoridad, pues en tal caso la competencia en primer grado corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, los que temporalmente asumen el papel de *tribunales extraordinarios de amparo*; mientras que el conocimiento en segundo grado corresponde a la Corte de Constitucionalidad.

### III.III.I. Legitimación activa

Del contenido del artículo 265 de la Constitución Política de la República y el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y



de Constitucionalidad se infiere que están legitimados para promover amparo todas las personas –naturales o jurídicas– que puedan ser titulares de derechos fundamentales y que invoquen un interés directo, personal y legítimo. De esa cuenta, se advierten esencialmente dos elementos que deben presentarse para que se configure tal legitimación:

A) *Capacidad procesal*, pues tienen capacidad de actuación procesal los sujetos de derecho habilitados para asumir la titularidad de derechos reconocidos en la Constitución o las leyes.

B) *Interés directo, personal y legítimo*, elemento que encuentra asidero en uno de los principios rectores de esta institución, pues no puede interponerse Amparo si no se tiene un interés jurídico real y personal en el asunto que se plantea.

Por otro lado, aunado a lo anterior vale la pena hacer la observación de que, al tenor de la ley de la materia, tanto el Ministerio Público como el procurador de los Derechos Humanos también tienen legitimación activa para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados, incluidos los llamados *difusos*.

### III.III.II. Legitimación pasiva

De conformidad con el artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, podrá solicitarse amparo contra el poder público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Asimismo, podrá solicitarse contra entidades en las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.

Para complementar este punto deviene oportuno citar la tesis que consistentemente ha sido sostenida por el tribunal constitucional guatemalteco al respecto, ampliando y aparejando la determinación prevista en la ley de la materia al aspecto objetivo del acto que se denuncia como agravante: «Reiterada Jurisprudencia de esta Corte ha establecido que un acto de autoridad, para ser examinado por la vía de amparo debe revestir las siguientes características: a) la unilateralidad por la que es suficiente la voluntad de quien emite o realiza el acto, sin necesidad o consentimiento de aquel hacia quien el acto se dirija; b) imperatividad, por la cual el actuante se

encuentra en situación de hegemonía frente a otro, cuya voluntad y conducta subordina o supedita; y c) la coercitividad que consiste en la capacidad para hacerse obedecer por el sujeto a quien se dirija [...]»<sup>10</sup>.

### III.III.III. Efectos

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 24, 27 al 32, 42 y 49 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la estimación de los argumentos vertidos por el postulante en el devenir procesal del amparo puede dar lugar a dos tipos de repercusiones, dependiendo del momento procesal en que se presenten:

A) *Provisionales*, durante la dilación del proceso, antes de dictarse sentencia, el tribunal de amparo puede decretar, cuando las circunstancias lo hagan aconsejable –de oficio o a petición de parte–, el *amparo provisional* que, con el carácter de medida cautelar revocable, suspende los efectos del acto reclamado. La ley impone al tribunal la obligación de otorgarlo en los siguientes supuestos:

- i. Si del mantenimiento del acto o resolución resultare peligro de privación de la vida del sujeto activo del amparo, riesgo a su integridad personal, daño grave o irreparable al mismo;
- ii. Cuando se trate de acto o resolución cuya ejecución deje sin materia o haga inútil el amparo al hacer difícil, gravosa o imposible la restitución de las cosas a su estado anterior;
- iii. Cuando la autoridad o entidad contra la que se interponga el amparo esté procediendo con notoria ilegalidad o falta de jurisdicción o competencia; y
- iv. Cuando se trate de actos que ninguna autoridad o persona pueda ejecutar legalmente.

B) *Definitivos*, una vez que ha adquirido firmeza la resolución que acoge en definitiva el planteamiento de amparo, ya sea en primera o segunda instancia, las consecuencias que de ello derivan son las siguientes:

---

10. Sentencia de Apelación de Amparo, dictada por la Corte de Constitucionalidad el 5 de abril de 2001, dentro del expediente número 1179-2000.

- i. Dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, el acto reclamado y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida;
- ii. Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver, practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto ordenado de antemano; y
- iii. Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de esta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.

### *III.IV. Exhibición personal*

Esta garantía constitucional, doctrinariamente conocida bajo la denominación de hábeas corpus se encuentra dirigida a la protección específica de uno de los derechos fundamentales que asisten a los ciudadanos: la libertad individual; ante toda conculcación o amenaza que contra él pudiera presentarse. Resaltan especialmente en ella características que de forma más atenuada se manifiestan también en los otros componentes del sistema de justicia constitucional como la informalidad y la celeridad.

Así lo establecen el artículo 263 de la Constitución Política de la República y el artículo 82 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: «Quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo en el goce de su libertad individual, amenazado de la pérdida de ella, o sufiere vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto [...]».

Con relación a esta figura cabe destacar el hecho de que constituye el único instrumento del derecho procesal constitucional con cuyo conocimiento no tiene ninguna intervención la Corte de Constitucionalidad, pues la competencia para su elucidación se encuentra asignada de forma difusa a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria. Inclusive se prevé que las atribuciones que respecto a materia de constitucionalidad y amparo normalmente atañen a dicho tribunal,

deben entenderse trasladadas a la Corte Suprema de Justicia.

Es conveniente hacer la salvedad de que dentro de ese conjunto de atribuciones no se hallan comprendidas las atinentes al conocimiento en segundo grado que con relación a la inconstitucionalidad en caso concreto y el amparo están previstas para dicho órgano, pues la exhibición personal no admite ulterior impugnación o cuestionamiento que viabilice esa segunda instancia.

A efecto de clarificar de mejor manera el perfil de esta garantía constitucional, y específicamente en cuanto a la inimpugnabilidad que priva en ella, se ha pronunciado en repetidas oportunidades el Tribunal onstitucional guatemalteco: «[...] Con relación a este tema se estima necesario hacer previamente, las siguientes puntualizaciones: a) la exhibición personal opera como medio jurisdiccional para garantizar la libertad de las personas, dentro de las situaciones previstas en los artículos 263 de la Constitución y 82 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; b) el último cuerpo legal citado faculta a cualquier tribunal para conocer de la solicitud a prevención, si carece de la competencia específica, a fin de dictar las providencias urgentes que se requieran, pero su resolución final se reserva al tribunal que tenga aquella especial atribución... c) el tribunal idóneo puede resolver, si lo estima fundado, la procedencia de la exhibición solicitada; d) lo resuelto en tal materia no tiene el carácter de apelable, como ya ha sido expresado por esta Corte [...]»<sup>11</sup>.

---

11. Sentencia de Apelación de Amparo, dictada por la Corte de Constitucionalidad el 28 de enero de 1998, dentro del expediente número 395 - 1997.

# PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

MAURICIO ALFREDO CLARÁ

*Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la  
Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador*

El control de la constitucionalidad en la República de El Salvador, por mandato constitucional, corresponde a una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, denominada Sala de lo Constitucional, integrada por cinco magistrados. La Ley de Procedimientos Constitucionales, como su denominación indica, regula el ejercicio de aquel control mediante tres procesos específicos: a) el proceso de inconstitucionalidad; b) el proceso de amparo y c) el proceso de hábeas corpus.

La ley de la materia señalada data del mes de enero de 1960, que derogó la Ley de Amparo de 1950 y las disposiciones pertinentes del que fuera Código de Instrucción Criminal, relacionadas con el hábeas corpus. La Ley actualmente está formada por 89 artículos, distribuidos en cinco títulos, así: Título I: Principios generales y jurisdicción; Título II: Procesos de inconstitucionalidad; Título III: Procesos de amparo: Capítulo I: Demanda; Capítulo II: Suspensión del acto reclamado; Capítulo III: Procedimiento; Capítulo IV: Sobreseimiento; Capítulo V: Sentencia y ejecución; Título IV: Hábeas corpus; Capítulo I: Naturaleza y objeto; Capítulo II: Procedimiento; Capítulo III: Resolución; Capítulo IV: Responsabilidad de los funcionarios en el auto de exhibición; Título Final V: Disposiciones generales.

A) El proceso de inconstitucionalidad tiene fundamento en el texto de la Constitución al establecer que «la Sala de lo Constitucional será

el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio [...]» (Art. 183 Cn.).

La demanda de inconstitucionalidad debe presentarse por escrito, con las especificaciones determinadas en la Ley de la materia, entre las que no debe faltar la indicación precisa del objeto de la demanda, los motivos en que se fundamenta la inconstitucionalidad y la petición correspondiente. Admitida la demanda, el procedimiento se desarrolla así: a) requerimiento a la autoridad que haya emitido la ley, decreto o reglamento considerado inconstitucional –o disposiciones pertinentes– para que rinda informe detallado en el término de diez días hábiles, acompañado de la documentación que crea necesario: certificaciones de actas, discusiones, antecedentes y demás comprobantes que fundamentan la actuación (Art. 7 L. Prs. Cons.); b) de la demanda o informe, se «correrá traslado por un término prudencial que no exceda de noventa días, al fiscal general de la República»; en este supuesto el tribunal determina con precisión el número de días en que debe aquel funcionario dar la respuesta correspondiente y concluido el asunto queda para dictar sentencia.

De acuerdo con la Ley de la materia, la sentencia definitiva «no admitirá ningún recurso y será obligatoria, de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica». Si en la sentencia se declarare que [...] «no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla», amparándose en las facultades que conceden las disposiciones constitucionales habilitantes del control difuso de constitucionalidad y de juramento.

B) El proceso de amparo está habilitado contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen los derechos reconocidos o establecidos en la Constitución u obstaculicen su ejercicio, salvo el derecho de libertad personal, al que se reserva el hábeas corpus.

La acción –pretensión– de amparo tiene fundamento en el Artículo 247 Inc. 1° Cn. al decir: «Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución». La Ley de la materia prescribe que «la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el

que se reclama no pueda subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos» (Art. 12 Inc. 3° L. Prs. Cons.).

Por otro lado «el juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal». (Art. 13 L. Prs. Cons.).

La Ley de la materia determina que la demanda de amparo debe formularse por escrito, con los elementos o contenidos indicados, entre los que merece destacar: a) la autoridad o funcionario demandado; b) el acto contra el que se reclama; c) el derecho protegido por la Constitución que se considera violado u obstaculizado en su ejercicio; d) la relación –concepto– de las acciones u omisiones en que consiste la violación; y e) las referencias personales del tercero a quien benefició el acto reclamado, si lo hubiere (Art. 14 L. Prs. Cons.).

La forma de proceder en el amparo permite distinguir las siguientes etapas:

1. Admisión de la demanda: suspensión del acto impugnado, información relacionada con el acto impugnado por la autoridad o funcionario demandado: a) información inmediata relacionada con la existencia del acto a proveer a más tardar dentro de veinticuatro horas de recibido el requerimiento; b) información posterior detallada y justificativa del acto, según se acepte la existencia del mismo.
  - 1.1. En el caso de no cumplirse los elementos o contenidos de la demanda, se previene al demandante que dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir del siguiente de la notificación, los cumpla, con expreso señalamiento de las omisiones en que se hubiere incurrido. Caso de no cumplir, la demanda es declarada inadmisibile.
  - 1.2. Al admitirse la demanda, puede decretarse la medida cautelar de suspender en forma inmediata los efectos jurídicos del acto reclamado. A ese respecto los fundamentos de la cautelar se hacen depender de la apariencia de buen derecho –*fumus*– y del peligro en la demora procesal –*periculum*–. Decretada la medida, esta se sostiene en tanto no se alteren aquellos fundamentos. En todo caso, las resoluciones a este respecto no causan estado.
  - 1.3. Rendido el informe de autoridad sobre la existencia del acto, se da participación al fiscal de la Corte, para la siguiente audiencia, y con lo que diga o sin esto, según el caso, se decreta la suspensión

del acto reclamado, si éste hubiere quedado pendiente en el auto de admisión, o, por el contrario, podrá confirmar o revocar aquella medida, según corresponda (Art. 23 Inc. 2° L. Prs. Cons.)

1.4. El primer informe de la autoridad o funcionario demandado, sólo versa sobre la existencia del acto y, en su caso puede ser determinante para la aplicación de la medida cautelar; el requerimiento posterior de informar dentro del tercer día en forma detallada, sobre el acto reclamado, con las justificaciones en que se apoye la legalidad del acto, equivale al emplazamiento y contestación de la demanda, respectivamente. Se tiene así concluida esta etapa procesal.

2. Rendido el informe –contestación de la demanda– la Ley de la materia prescribe traslados por tres días en forma sucesiva: al fiscal de la Corte, al demandante y, finalmente, al tercero que hubiese comparecido, para que aleguen lo conducente.
3. Concluidos los traslados se abre a prueba por el término de ocho días, si fuere necesario (Art. 29 L. Prs. Cons.).
4. Concluida la prueba, la Ley ordena nuevos traslados por tres días: a) al fiscal; b) al actor; c) al demandado; y d) al tercero apersonado y, concluidos, el caso queda para pronunciar sentencia.
5. La sentencia definitiva desestimatoria del amparo, condena al demandante en las costas, daños y perjuicios, y en su caso al tercero que sucumbiere en sus pretensiones.

La sentencia definitiva favorable al amparo contiene respecto a la autoridad demandada: 1°) la orden por la cual «las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado»; 2°) si el acto reclamado «se hubiere ejecutado en todo o en parte, de un modo irremediable, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el responsable personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado»; 3°) si el amparo fuera por obstaculización en el ejercicio de derechos constitucionales, la sentencia determinará «la actuación que debe cumplirse por el demandado, quien estará obligado a dictar las providencias en el sentido indicado, y si no lo hiciere en el plazo que se le señale, incurrirá en delito de desobediencia y el tribunal lo mandará procesar» (Art. 35 L. Prs. Cons.).



- 5.1. Además, la sentencia contendrá la condena en las costas, daños y perjuicios del funcionario que en su informe hubiere negado la existencia del acto reclamado, o hubiere omitido dicho informe o falseado los hechos en el mismo.
- 5.2. La sentencia deberá ejecutarse dentro de las veinticuatro horas de haber sido comunicada, o dentro del plazo que el tribunal señale (Art. 35 L. Prs. Cons.).
- 5.3. La sentencia definitiva produce los efectos de cosa juzgada contra toda persona o funcionario, haya o no intervenido en el proceso, «sólo en cuanto a que el acto reclamado es o no constitucional, o violatorio de preceptos constitucionales. Con todo, el contenido de la sentencia no constituye en sí declaración, reconocimiento o constitución de derechos privados subjetivos de los particulares o del Estado; en consecuencia «la resolución dictada no puede oponerse como excepción de cosa juzgada a ninguna acción que se ventile posteriormente ante los tribunales de la República» (Art. 81 L. Prs. Cons.).

Finalmente, en materia de amparo, la Ley de la materia regula seis causales de sobreseimiento o formas anormales de concluir el proceso; así: 1º) por desistimiento del actor, sin ser necesaria la aceptación del demandado; 2º) por expresa conformidad del agraviado con el acto reclamado; 3º) por advertir el tribunal que la demanda se admitió en contravención con las disposiciones legales; 4º) por no rendirse prueba sobre la existencia del acto reclamado cuando fuere necesario; 5º) por haber cesado los efectos del acto y, 6º) por fallecimiento del agraviado si el acto reclamado afectare únicamente a su persona (Art. 31 L. Prs. Cons.).

C) El proceso de exhibición personal o hábeas corpus, también tiene fundamento directo en disposiciones de la Constitución, así: el artículo 11 Inc. 2º Cn. estatuye: «La persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el hábeas corpus cuando cualquier autoridad atenta contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas»; y el artículo 247 Inc. 2º de la Constitución agrega: «el hábeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital. La resolución de la Cámara que denegare la libertad del favorecido podrá ser objeto de revisión, a solicitud del

interesado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia».

El objeto de tutela en el proceso de hábeas corpus es el derecho fundamental de libertad personal o física, traducido en la posibilidad de que la persona determine libremente su conducta, de forma que no sea trasladada o sufra injerencias o impedimentos por parte de terceros y especialmente por poderes públicos si no media habilitación legal. El planteamiento de la pretensión en el proceso de hábeas corpus supone, consecuentemente, que el favorecido se autoatribuya o se atribuya afectaciones en su esfera jurídica, específicamente respecto al derecho de libertad física o –en caso de encontrarse materialmente detenido– en la dignidad o integridad física, psíquica o moral, derivadas de una actuación u omisión de una autoridad o particular.

Por consiguiente, en la pretensión de hábeas corpus es necesario señalar la configuración del agravio, consistente en un perjuicio concreto capaz de transgredir las citadas categorías jurídicas. Agravio que el hábeas corpus prevé que la actuación y omisión de la autoridad o particular se encuentre surtiendo efectos en el momento de iniciarse el proceso constitucional, de manera que la persona, por el acto reclamado, efectivamente esté siendo afectada en su derecho de libertad física o en su integridad física, psíquica o moral; y así, en caso de emitirse una decisión estimativa, se hagan cesar dichas afectaciones.

*1. A efecto de otorgar una tutela efectiva a través del proceso de hábeas corpus, la Sala de lo Constitucional ha reconocido diversas modalidades en tal proceso, siendo éstas:*

- a) *El clásico o reparador*: que opera cuando la restricción al derecho de libertad se ha materializado; o sea, cuando la persona, efectivamente, se encuentra privada de su libertad personal o física.
- b) *Preventivo*: cuando no se ha materializado la privación de libertad personal o física, pero existe una amenaza cierta de que ello ocurra, certeza que deviene de la concurrencia de una orden de captura en proceso de ejecución.
- c) *Restringido*: configurado en aquellos casos en que el favorecido no es privado completamente de su libertad personal, pero enfrenta molestias restrictivas como vigilancia, impedimento para acceder a su lugar de trabajo, establecimiento público.
- d) *De personas desaparecidas*: se solicita cuando se desconoce el paradero de una persona que ha sido sustraída por agentes del Estado o personas o

grupos de personas ante la pasividad del mismo, de una forma arbitraria y clandestina.

- e) *Contra Ley*: pretende proteger al individuo cuando la vulneración a su derecho de libertad personal o a su integridad física, psíquica o moral deviene de la aplicación de una disposición contraria a los preceptos constitucionales.
- f) *De pronto despacho*: instruido con el objeto de obtener una resolución que se ha retrasado y que puede incidir en la situación jurídica de la persona favorecida en el hábeas corpus.

## 2. Procedimiento

En atención al artículo 247 de la Constitución, el hábeas corpus puede ser solicitado ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, o ante las Cámaras de Segunda Instancia que residan fuera de la capital de El Salvador, situación que facilita requerir un proceso de tal naturaleza a las personas que residen en el interior del país, que no pueden acudir hasta la capital, lugar en el cual se ubica la Sala de lo Constitucional.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, el hábeas corpus puede ser iniciado por el directamente agraviado, es decir, por la persona objeto de la vulneración constitucional, o por cualquier «acción popular» para su interposición, pues no se exige que la demanda sea suscrita por el justiciable afectado en su derecho de libertad personal, ni de abogado para hacerlo en su nombre.

También, tomando en consideración el artículo 42 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se ha sostenido que el hábeas corpus puede ser iniciado por los «tribunales competentes de oficio», cuando consideren que existen motivos suficientes para suponer que a alguien se le restringe ilegal o arbitrariamente su libertad o se le esté vulnerando su dignidad o integridad física, psíquica o moral; y, además, por el procurador para la defensa de los Derechos Humanos.

El sujeto pasivo de la pretensión en el hábeas corpus, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, puede ser cualquier autoridad –administrativa o judicial– o particular que genere afectaciones en las categorías protegidas por el proceso constitucional.

El artículo 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, señala que el hábeas corpus debe pedirse por escrito ante la Secretaría de la Sala de lo Constitucional o ante la Secretaría de las Cámaras competentes, inclusive

por medio de carta o telegrama; circunstancia que viabiliza la accesibilidad a la protección jurisdiccional de toda persona que se considere afectada en su derecho de libertad personal o integridad.

Requerido el hábeas corpus –lo cual no interrumpe la tramitación de los procesos penales o diligencias administrativas que puedan seguirse contra la persona favorecida–, la autoridad que conoce del proceso constitucional realiza el examen liminar de la pretensión, con el fin de detectar si éste posee vicios que impidan conocer y decidir los alegatos planteados y que tornen, por tanto, infructuosa la tramitación completa del proceso, de lo cual resultaría obligatorio el rechazo *in limine* de la demanda por medio de la figura de la improcedencia.

Este análisis, al inicio del proceso, sobre la pretensión y la posibilidad de emitir una declaratoria de improcedencia, no está contemplado en la Ley de Procedimientos Constitucionales para el hábeas corpus, sino para el proceso de amparo, de acuerdo con los artículos 13 y 18 de ese cuerpo legal; sin embargo, la Sala de lo Constitucional, en su jurisprudencia, –v. gr. improcedencia del (27/IX/2001), hábeas corpus, 190-2001– aplica igualmente las aludidas disposiciones en el hábeas corpus con el objeto de evitar la instrucción de un proceso cuya pretensión carece de los elementos que posibiliten el conocimiento de lo argüido desde una perspectiva constitucional.

Realzado el referido examen pueden acontecer determinadas circunstancias: 1º) evidenciar la concurrencia de vicios de fondo en la pretensión que representen un obstáculo para resolver la cuestión planteada; 2º) generarse duda sobre si los vicios concurren o no, lo cual puede darse en virtud de la deficiente configuración de los alegatos; y 3º) considerar que la pretensión cumple con todos los elementos necesarios para proseguir con el desarrollo del hábeas corpus.

En el primer supuesto, la autoridad concedora del proceso –Sala de lo Constitucional o la Cámara– emite un fallo de improcedencia; en el segundo y tercero, procede al nombramiento del denominado «juez ejecutor», en correspondencia con el artículo 43 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Es de destacar que en el segundo supuesto se actúa de tal forma porque, si existen dudas sobre la concurrencia de vicios en la pretensión conforme a una interpretación garante y eficaz en la tutela del derecho de libertad física, el ente judicial que dirime el proceso no puede liminarmente rechazar la demanda interpuesta, sino hasta asegurarse de que la pretensión,

efectivamente, se encuentra viciada, asunto a dilucidar a partir del informe que rendirá el juez executor nombrado.

El cargo de juez executor, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional –v. gr. Sentencia del 19/VIII/1997, hábeas corpus, 302-97–, se encomienda a una persona conocedora del derecho, estudiante o graduado en tal ciencia, quien no puede negarse a cumplir tal función si no concurre justo y comprobado impedimento, según lo manda el artículo 43 inciso segundo de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

El juez executor, en atención al artículo 45 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, debe nombrar un «secretario de actuaciones», con el cual, y a más tardar dentro de las veinticuatro horas a partir de la notificación del cargo de juez executor, deberá proceder a la «intimación» del sujeto pasivo de la pretensión, o sea la autoridad o particular que conforme a la pretensión violenta el derecho de libertad personal o integridad del favorecido.

Según lo dispuesto en los artículos 44 y 46 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, la función del juez executor referida a la «intimación» se traduce en el deber de requerir al demandado que manifieste el lugar en que se encuentra en restricción el favorecido –pudiendo incluso solicitar que le sea presentado– y, en definitiva, los motivos de la incidencia en las categorías vulneradas; asimismo, puede pedir –si es que existe– el expediente del procedimiento administrativo o judicial que se instruya contra la persona favorecida, a efecto de poder estudiar y analizar la causa; requerimientos todos que debe cumplir la persona o particular que ejerce la supuesta trasgresión constitucional, debiendo el juez executor elaborar actas para dejar constancia de lo actuado y proporcionado por el demandado, en el caso.

En concordancia con dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, a partir de la notificación del cargo de juez executor, este tiene cinco días para diligenciar el auto de exhibición y rendir un informe ante el órgano que lo nombró, en el que establezca las consideraciones jurídicas precisas respecto a la vulneración alegada, cimentadas en lo informado por la autoridad demandada y el estudio de la documentación verificada; debiendo indicar, en conclusión, si a su juicio existe o no afectación al derecho de libertad personal o integridad del favorecido y, por consiguiente, si debe mantenersele o no en la situación en que se encuentra.

El contenido de dicho informe no es vinculante para el tribunal que conoce del proceso constitucional, el cual brinda solamente una opinión técnica jurídica; en consecuencia, lo decidido por el juez executor puede o

no coincidir con la resolución que dictará la Sala de lo Constitucional o la Cámara en el caso.

Rendido el informe del juez ejecutor, si se considera que, efectivamente, concurre una causal de sobreseimiento o bien que existen los elementos necesarios para dictar una resolución de fondo, la Sala de lo Constitucional o la Cámara tendrá cinco días para proveer la decisión que corresponda, como lo señala el artículo 71 inciso primero de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

A partir del momento en que el juez ejecutor presenta el informe y en el desarrollo del proceso de hábeas corpus –en cualquier estado– la Sala de lo Constitucional o la Cámara puede utilizar la figura del sobreseimiento, en caso de configurarse las causales indicadas en el artículo 31 de la Ley de Procedimientos Constitucionales: 1) Por desistimiento del actor, 2) conformidad del agraviado con el acto reclamado, 3) por advertir que la demanda se admitió en contravención de los artículos 12, 13 y 14 –por ejemplo que lo planteado son asuntos de mera legalidad carentes de trascendencia constitucional o que no existe un agravio real en el favorecido–, 4) por no rendirse prueba sobre la existencia del acto reclamado, cuando la misma es necesaria, 5) por fallecimiento del agraviado.

Esta posibilidad de terminar anormalmente el proceso por medio de la figura del sobreseimiento, es implementada en el hábeas corpus también por interpretación analógica respecto a la regulación normativa del amparo, pues el artículo 31 aludido se refiere a tal proceso; aplicación efectuada, según lo ha sostenido la Sala, en aras de armonizar el contenido de la jurisprudencia constitucional. Es de señalar que esa aplicación analógica debe ser prudente y debidamente razonada.

Debe aclararse que en materia de hábeas corpus no es utilizada la causal de sobreseimiento contenida en el artículo 31 número 5 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, referida a la cesación de los efectos del acto reclamado; pues aun cuando la vulneración constitucional al derecho de libertad personal o a la integridad física, psíquica y moral haya concluido en transcurso procesal del hábeas corpus, se continúan conociendo los actos reclamados, con el fin de determinar si al inicio de aquél se generó o no una vulneración de índole constitucional en las aludidas categorías jurídicas.

Tal proceder origina lo que la jurisprudencia de la Sala ha denominado «sentencias declarativas», las cuales, en caso de resultar existente la conculcación constitucional, tienen por fin habilitar al agraviado la posibilidad de acudir a la vía ordinaria correspondiente reclamando la indemnización por los perjuicios sufridos.

Ahora bien, si la Sala de lo Constitucional o la Cámara consideran en el hábeas corpus que no concurre ninguna causal para dictar un sobreseimiento y, por otro lado, consideran que no existen los elementos para emitir una decisión sobre la vulneración reclamada, pueden solicitar a la autoridad demandada –o a cualquier otra que la posea– la documentación necesaria o expedientes para analizar las supuestas vulneraciones argüidas en la pretensión (en la mayoría de los casos lo pedido son certificaciones de los expedientes de los procesos penales diligenciados contra los favorecidos), documentación que debe ser remitida el mismo día en que sea recibida la orden. Con la información, la Sala de lo Constitucional o la Cámara deben resolver dentro de los siguientes cinco días; todo esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Cabe destacar que la Ley de Procedimientos Constitucionales no contempla la etapa procesal de plazo probatorio en el hábeas corpus, sino en el proceso de amparo; sin embargo, en la actualidad existe un intento por implementar –siempre con base en interpretación analógica– la apertura a prueba en el hábeas corpus, en aquellos casos de hecho en los que no exista documentación que pueda ser proporcionada por la autoridad a efecto de comprobar o desvirtuar la concurrencia de la vulneración constitucional, como acontece en los hábeas corpus de personas desaparecidas; esto con el afán de brindar una protección efectiva al justiciable.

Remitida la información requerida por la Sala de lo Constitucional o la Cámara, se emite la decisión sobre el fondo de la pretensión, determinando que ha existido o no la vulneración alegada, y si existe o no afectación en la libertad personal o la integridad física, psíquica o moral.

Conforme al artículo 72 inciso primero de la Ley de Procedimientos Constitucionales, de establecerse la incidencia inconstitucional en el derecho de libertad física del favorecido, se ordena la inmediata puesta en libertad del mismo –en caso de que materialmente se encuentre privado de libertad– o, si la detención no se ha ejecutado, se ordena que cesen las órdenes de captura; y, en definitiva, cualquiera que sea el tipo de hábeas corpus, en la sentencia favorable lo perseguido es que concluya toda actuación que genere la transgresión constitucional evidenciada.

Según el inciso segundo de la misma disposición citada, contra la sentencia que provee la Sala de lo Constitucional en hábeas corpus no puede interponerse recurso, pero sí contra las dictadas por las Cámaras que dirimen dicho proceso, mediante solicitud de revisión que conoce la Sala de lo Constitucional, que al recibir las actuaciones examina lo resuelto por la Cámara con el fin de confirmar o revocar lo decidido.

Finalmente, se remite certificación de la resolución emitida a la autoridad respectiva, cuyo contenido debe ser cumplido. Si un juez se rehúsa, tal circunstancia al ser de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia debe destituirlo; y si la autoridad se encuentra al servicio de otra dependencia del Estado, la Corte puede hacer uso de los organismos de seguridad para hacer efectiva la decisión y capturar al desobediente, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 73 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.



# LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN PANAMÁ

ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

*Magistrado de la Sala Primera de lo Civil de la  
Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá*

Creo, sin temor a equivocarme, que el momento que vivo hoy fuera de mi patria es propicio para manifestarle a todos los hermanos centroamericanos y europeos aquí reunidos en este hermoso país, que los panameños podemos afirmar con orgullo, luego de culminado el período de gobierno militar y, después de la no deseada e injusta agresión militar norteamericana a nuestro pequeño territorio, que sin temor a dudas tenemos una nación ávida de practicar la democracia y cada día más exigente y respetuosa del Estado de Derecho.

Las experiencias buenas y malas padecidas por los panameños han servido para integrarnos y para entender que el poder civil o autoridad civil debe siempre prevalecer sobre cualquier otro poder y, en especial, sobre el poder militar o policial.

Así, durante el período post-militar, los panameños hemos podido lograr insertar en nuestra Constitución, específicamente en el artículo 310, la norma jurídica que reza: «La República de Panamá no tendrá ejército [...]».

Esta norma fundamental nos permite decirles en esta ocasión que los procesos constitucionales en Panamá tienen plena vigencia y que las resoluciones judiciales dictadas son respetadas y aceptadas por cualquier otro poder público y entendidas cuando las dicta la Corte Suprema de Justicia como finales, definitivas y obligatorias y no sujetas a recurso alguno.

En Panamá, al igual que en cada uno de nuestros países, la Constitución política es la Ley Suprema, de ahí que, como lógica consecuencia todas las

demás normas generales de cualquier categoría, así como los demás actos o resoluciones de autoridad, deben estar conformes con ésta, de tal manera que todos aquellos actos y leyes contrarias a los postulados y principios constitucionales no podrán tener valor ni efectos legales.

Valga de lo expuesto preguntarnos: ¿A quién le corresponde o a quién le ha correspondido durante la época republicana panameña decidir los conflictos surgidos entre las leyes especiales y los demás actos de autoridad con la Constitución Nacional?

Para contestar a este interrogante debo referirme, luego entonces, a los diferentes tipos de controles constitucionales que ha conocido la República de Panamá. De ahí que hablemos de:

## EL CONTROL LEGISLATIVO

Si bien el primer sistema que surgió fue el del control judicial de la Constitución por vía de la jurisprudencia, dieciséis años después de aprobada la Constitución de los Estados Unidos de América, en 1803, con el famoso caso *Marburny vs. Madison*, en Panamá, posteriormente, apareció en las constituciones el sistema de control legislativo, en donde el órgano legislativo es quien decide la conformidad o inconvformidad de la Ley con la Constitución, que fue el sistema que rigió en Panamá mientras duró nuestra unión a Colombia (1821-1903), este sistema fue contemplado en la tercera Constitución colombiana del 30 de agosto de 1821, vigente en el momento de la unión de Panamá a Colombia, después de su independencia de España, el 28 de noviembre de 1821.

## EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

### *a) El control descentralizado o difuso*

El sistema descentralizado fue el primero en la historia, creado por los Estados Unidos. En el sistema descentralizado o difuso, actúan todos los tribunales ordinarios en materia constitucional y lo hacen por vía de excepción, dentro de un proceso común, en el que se considera que la decisión que se va a tomar podría basarse en una ley afectada por un vicio de inconstitucionalidad. Este sistema fue establecido en base al principio de la Supremacía de la Constitución y se fundamenta en que las leyes u otras normas jurídicas que fueran contrarias a la constitución, no podrían ser aplicadas por los jueces.

## El control difuso en Panamá

Ocurrida nuestra independencia de Colombia el 3 de noviembre de 1903, nuestra primera Constitución republicana del 15 de febrero de 1904, estableció, en su artículo 147, el principio de la supremacía de la Constitución.

Los constituyentes panameños de la época, a pesar de que conocían el sistema de control legislativo de la Constitución colombiana y que rigió en el país hasta el momento de la entrada en vigencia de la Constitución de 1904, no lo adoptaron y, si bien en la Constitución no se estableció la forma de resolver los conflictos entre la Constitución y la Ley, sí se estableció un control judicial preventivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, en el artículo 105 de dicha constitución.

El panorama sobre el sistema de control constitucional en Panamá se empieza a aclarar en el año 1917, cuando son creados los códigos civiles y judiciales, dando pie sus artículos para que los jueces dejaran de aplicar la legislación vigente cuando la consideraran contraria a la Constitución del Estado; con ello, se puede decir que estos códigos desarrollaban fielmente la Constitución del país, en el sistema adoptado.

Este sistema difuso rigió en Panamá parcialmente hasta el año 1937, cuando se estableció el recurso de casación constitucional, que funcionó hasta 1941.

### *b) El control centralizado o concentrado*

Para el año 1941, año en que se expide la segunda Constitución en Panamá, ya el país conocía un mayor y mejor desarrollo de las doctrinas sobre el control de la constitucionalidad de las leyes.

Los artículos 97 y 188 de la Constitución de 1941 fijan las bases del sistema de control judicial centralizado en Panamá, el cual se ha mantenido hasta la actualidad, con algunas variantes que lo han reforzado, pero que han conservado las grandes líneas trazadas desde 1941. La jurisprudencia, a partir de 1946, ha tenido una gran importancia en el complemento de la jurisdicción constitucional panameña.

Los artículos 97 y 188 de la Constitución fueron desarrollados por la Ley 7, de 5 de febrero de 1941, que fue la primera ley que reguló la jurisdicción constitucional en Panamá.

Los principios desarrollados por la Ley 7 de 1941 establecieron las

siguientes características al control constitucional panameño: 1) Era concentrado o centralizado, ya que sólo la Corte Suprema de Justicia tenía la atribución de resolver los conflictos entre la Constitución y las demás normas o actos de inferior categoría; 2) Existían, en el sistema, tres formas de control: por *acción pública directa*, por *consulta* del funcionario encargado de impartir justicia y por *objección presidencial*; 3) En el control por acción pública directa se podían acusar por cualquier ciudadano las leyes y demás actos de autoridad anteriores y posteriores a la expedición de la Constitución. En el control por consulta, sólo los funcionarios públicos que al impartir justicia tuvieran duda sobre la constitucionalidad de la norma aplicable y en el control preventivo que estableció el artículo 97, únicamente el presidente de la República podía objetar un proyecto de Ley cuando consideraba que era contrario a la Constitución; 4) Era obligatoria la intervención del señor procurador general de la Nación en las tres formas de provocar el control; 5) Las decisiones tenían efectos para todos los habitantes del país, ya que debían publicarse en la Gaceta Oficial por el carácter derogatorio de la decisión judicial; 6) Las decisiones tenían carácter definitivo, ya que contra ellas no era posible recurrir ante ninguna otra autoridad; y, 7) Eran finales, lo que significa que, una vez resuelto el conflicto constitucional, no era posible acusarlo por las mismas causas, se convertía en cosa juzgada constitucional, lo que justificaba también la publicación en la Gaceta Oficial.

## POSIBLES CAMPOS DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ESPECIALIZADOS

En Panamá, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia es el Tribunal encargado de resolver la mayor parte los conflictos constitucionales de cualquier naturaleza

De acuerdo con el artículo 206, la Corte, como guardiana de la Constitución, conocerá y decidirá con audiencia del procurador general de la Nación o del procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las *leyes, decretos, acuerdos, resoluciones* y demás actos que, por razones de fondo o forma, impugne ante ella cualquier persona.

Además, este mismo artículo regula el caso de consultas de constitucionalidad que se puedan presentar en cualquiera de las instancias del juicio, cuando el funcionario que imparta justicia advierta, o le sea advertido por alguna de las partes, que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional.

El artículo 171 de la Constitución en relación con el artículo 183 n.º 6 de la Carta Fundamental permite al presidente de la República por sí solo objetar los proyectos de leyes por considerarlos inexecutable, es decir, inconstitucionales por razones de forma o fondo, pero únicamente en esta etapa previa de formación de la ley, que por esta circunstancia, en ese momento, recibe la denominación de inexecutable, que significa que no se puede hacer, conseguir o llevar a cabo, que no puede realizarse.

El artículo 207 de la Constitución nacional establece la única excepción a las atribuciones de la Corte al señalar que los fallos de la Corte Suprema y sus salas no podrán ser objeto del recurso de inconstitucionalidad.

## REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS

### *a) Control normativo preventivo*

#### Normas sujetas al control preventivo

En Panamá, de acuerdo con la actual Constitución, sólo pueden ser objeto de control preventivo los proyectos de ley. No obstante lo anterior, el artículo 2556 del Código Judicial establece que la Corte Suprema de Justicia decidirá sobre la exequibilidad de un proyecto de reforma constitucional sólo cuando el Ejecutivo lo objetase después de haberlo recibido para su promulgación, por razones de forma.

Estamos en presencia, entonces, de dos formas de control preventivo, una de los proyectos de leyes establecidos por la Constitución y la otra de los proyectos de reformas constitucionales establecidas por el Código Judicial. La Constitución anterior de 1946 (artículo 167) sí estableció en su texto que los proyectos de reformas a la Constitución podrían ser objetados como constitucionales por razones de forma.

### *b) El procedimiento en el control constitucional previo*

El procedimiento establecido para el control preventivo lo fijan los artículos 171 y 183 ordinales 6 de la Constitución, para los proyectos de leyes y lo desarrolla el artículo 2555 del Código Judicial. En cuanto al control preventivo de las reformas constitucionales, el artículo 2556 del Código Judicial es el que señala la forma de proceder.

En el control preventivo de los proyectos de leyes sólo está legitimado

para proponerlo el presidente de la República, ya que el numeral 6 del artículo 183 de la Constitución dice que esa es una función que ejerce por sí solo el presidente. Por ello, debe entenderse, a pesar de que el artículo 171 de la Constitución nacional habla del Ejecutivo y lo mismo hace el artículo 2555 del Código Judicial, que se ha pretendido equiparar el órgano ejecutivo al presidente de la República. En la práctica, en los únicos cuatro casos que se han presentado, después de 1972, únicamente el presidente de la República ha presentado la objeción de inexecutableidad.

La objeción presidencial puede producirse de acuerdo con la Constitución cuando, recibido por el ejecutivo –entiéndase el presidente– un proyecto de ley, dispondrá del término de treinta días hábiles para devolverlo con observaciones. Si lo devuelve, objetándolo por inexecutable, el Proyecto de ley volverá a la Asamblea legislativa, a tercer debate, en caso de que la objeción abarque la totalidad del proyecto y a segundo debate, en caso de que sólo lo objetare en parte.

Si la Asamblea legislativa acepta la objeción, el proyecto se desechará, pero si lo aprueba por insistencia de los dos tercios de los legisladores que componen la Asamblea, el Presidente de la República lo pasará obligatoriamente a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad.

El Código Judicial se encarga de desarrollar las disposiciones constitucionales anteriormente citadas.

El artículo 2555 del Código Judicial dice que el Ejecutivo dispondrá de un término de seis días para enviar el proyecto con sus respectivas observaciones a la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá definitivamente sobre la executableidad del mismo.

En fallo de fecha 22 de marzo de 1991, la Corte consideró que la decisión en estos casos, más que una sentencia, es un dictamen.

La decisión de la Corte termina declarando que es executable o que es inexecutable, el o los artículos de los proyectos de leyes acusados de inconstitucionalidad.

En los cuatro únicos casos de objeción de inexecutableidad presentados desde 1904 [se presentó uno en 1920, se presentaron dos en 1979 y uno en 1988], la Corte declaró que eran inexecutablees, es decir, inconstitucionales, los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República.

### *c) Ámbito de revisión normativa en el control preventivo*

La regulación del proceso constitucional exige, en su artículo 2554 del Código Judicial, que el Pleno de la Corte, actuando como tribunal constitucional,

examine la objeción de inexecutable, de la demanda de inconstitucionalidad, según sea el caso, no sólo en consideración con las normas constitucionales citadas como infringidas, sino que deben extender la confrontación con cualquier otra norma constitucional que el tribunal considere que pueda resultar conculcada por las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad.

Por eso, la Corte en sus fallos termina diciendo que las disposiciones acusadas no violan los artículos constitucionales citados como violados, ni ninguna otra disposición constitucional, en evidente referencia a lo establecido en el artículo 2566 del Código Judicial. No importa que el accionante haya invocado o no la infracción de alguna otra u otras normas constitucionales y todo ello en virtud del hecho que en el proceso no se estima como partes a los que intervienen en él.

#### *d) Efecto de las decisiones en el control preventivo*

De acuerdo con el artículo 2573 del Código Judicial panameño, «las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas y obligatorias y no tienen efecto retroactivo». Por lo tanto, en el control preventivo el proyecto de ley o reforma constitucional declarado inconstitucional no puede tener vigencia y queda definitivamente descartado. En caso de ser conforme con la Constitución, se promulgará y entrará en vigencia con pleno vigor y efecto.

## CONTROL PREVENTIVO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Conforme con el artículo 2556 del Código Judicial, el Órgano ejecutivo podrá objetar una reforma constitucional después de haberla recibido para su promulgación y ante ésta, por considerar que la reforma no se ha ajustado a lo establecido por la Constitución. En este caso, le corresponderá a la Corte Suprema decidir sobre su executable.

Si bien la Constitución no establece de manera expresa que una reforma constitucional pueda ser objeto de la objeción de inexecutable y sólo lo establece para los proyectos de ley, consignamos su aceptación por el Código Judicial y la última frase del artículo 314 de la Constitución Nacional en su inciso final que dice: «sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad». Esta última expresión está señalando

que las reformas constitucionales pueden ser objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, lo que indica que ello pudiera dar cabida igualmente a considerar que, constitucionalmente, también pudiera ser admisible la objeción de inexecutable de una reforma constitucional que, como hemos dicho, contempla el Código Judicial y la norma todavía no ha sido impugnada como inconstitucional.

## CLASES DE PROCESOS CONSTITUCIONALES EN PANAMÁ

En la República de Panamá, tanto en la Constitución Nacional como en nuestras leyes especiales, se consagran los procesos constitucionales como: la consulta de constitucionalidad, la advertencia de inconstitucionalidad, el recurso de inconstitucionalidad, el hábeas data, el recurso de hábeas corpus, el recurso de amparo de garantías constitucionales y pudiésemos agregar que recientemente la Asamblea Nacional, tanto en las últimas reformas constitucionales como en la Ley 25, de 5 de julio de 2006, normó el proceso a los diputados del país, asignándole la facultad de instruir contra los diputados de la nación a la Corte Suprema de Justicia de Panamá como también le asignó a ésta la facultad de procesarlos (art. 206, ordinal 3 de la Constitución Nacional).

Estos procesos constitucionales que el legislador ha instituido tienen como finalidad salvaguardar las garantías individuales de las personas estableciendo como tribunales competentes tanto a la Corte Suprema de Justicia como a los tribunales ordinarios. De allí que le corresponda a la CSJ de Panamá conocer los procesos constitucionales tales como las consultas de constitucionalidad, las advertencias de inconstitucionalidad y las demandas de inconstitucionalidad con carácter privativo e igualmente conoce de los amparos de garantías, el hábeas data y el hábeas corpus dependiendo de la jerarquía, mando y jurisdicción con que cuenta el funcionario demandado.

La consulta sobre constitucionalidad es una facultad que el legislador, mediante ley especial (art. 2557 C. Jud.), reservó en favor del servidor público facultándolo para que cuando lo estime conveniente pueda advertir ante la CSJ sobre la inconstitucionalidad o no de una norma jurídica o reglamentaria que debe ser aplicable al caso y colocando el proceso en estado de decidir.

La advertencia de inconstitucionalidad, por su lado y, al igual que la consulta de constitucionalidad, la consagra el ordinal 1 del art. 206 de la CN, y el art. 2558 del Código Judicial, facultando a las partes procesales para que mediante el trámite concerniente y por un sola vez en cada



instancia puedan advertir ante la CSJ que una determinada norma jurídica o reglamentaria aplicable al caso concreto es inconstitucional, en cuyo caso la autoridad, sin más trámite, elevará la consulta correspondiente y colocará el proceso en estado de fallar, sin decidirlo en el fondo.

¿Es de nuestra incumbencia advertir que la autoridad que tramita el proceso debe realizar control previo y determinar diversos puntos?

1º) Si, en efecto, la norma es o no aplicable al caso concreto;

2º) Que la norma no haya sido aplicada;

3º) Que no exista por parte de la CSJ pronunciamiento anterior sobre su constitucionalidad.

Si alguna de estas condiciones se ha cumplido, el funcionario encargado de ejercer el control previo debe abstenerse de mandar el proceso a la CSJ y, por el contrario, debe negarla y adentrarse a conocer sobre el fondo del asunto.

El recurso de inconstitucionalidad también es propio del conocimiento de la CSJ como guardiana de la constitucionalidad y lo norma el artículo 206 de la CN como el artículo 2559 del Código Judicial cuando preceptúa que cualquier persona por medio de apoderado puede impugnar ante la CSJ las leyes, decretos leyes, decretos de gabinetes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales, todo ello con audiencia del procurador de la Nación o del procurador de la Administración según quién esté en turno.

## EL HÁBEAS DATA

Figura novedosa de reciente constitución jurídica en el país. Reglamentada por el artículo 44 de la CN y la Ley 6, de 22 de enero de 2002, así como por la aplicación supletoria de las normas del Código Judicial que regulan la materia del recurso extraordinario de amparo de garantías constitucionales.

De dichas normas resalta que la competencia para atender el hábeas data es tanto de la CSJ como de los tribunales ordinarios atendiendo el mando y jurisdicción que ostente quien sea el funcionario demandado.

El hábeas data panameño faculta a toda persona para promover dicha acción con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en banco de datos o registros oficiales o particulares, cuando éstos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Igualmente se podrá solicitar que dichos registros se actualicen, se corrijan, se rectifiquen, se supriman o que se mantenga en confidencialidad la información de carácter personal.

## EL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS

El recurso de hábeas corpus está igualmente regulado por la CN (Art. 23 y por el 2574 y ss del Cód. Jud.). También ha sido objeto de reformas de reciente data por parte de la Asamblea de Diputados de Panamá.

En las últimas reformas constitucionales del país, además de regularse por norma constitucional, el tradicional recurso de hábeas corpus reparador, conocido como aquel que puede impetrar todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben la Constitución y la Ley con objeto de obtener la libertad, dichas reformas reglamentaron también el hábeas corpus preventivo, modalidad desarrollada por la CSJ mediante jurisprudencia y entendido como el hábeas corpus que puede interponer toda persona cuando tenga conocimiento de que se ha dictado en su contra una orden de detención injusta e ilegal, sin que la misma se haya hecho aún efectiva.

Si la orden de detención que se ha dictado se hizo efectiva, lo que cabe al ciudadano es la interposición del recurso de hábeas corpus reparador.

El recurso de hábeas corpus en Panamá no es de competencia privativa de la CSJ, sino que responde al mando y jurisdicción que posee el ciudadano demandado, de allí que si quien dicta la orden de detención está revestido de mando y jurisdicción nacional, o en dos o más provincias, la demanda se interpondrá ante la CSJ y ante los tribunales ordinarios, (Tribunales superiores, Juzgado de circuito y juzgados municipales) dependiendo si dicho mando y jurisdicción lo es sobre una provincia, distritos o con mando y jurisdicción parcial en un distrito.

Podemos afirmar que constitucionalmente el recurso de hábeas corpus panameño, tal como lo consagran las normas fundamentales, es amplio, extensivo y protector de la libertad corporal toda vez que reviste diversas formas:

1) Cuando exista una amenaza real o cierta contra la libertad corporal.

2) Cuando la forma o las condiciones de la detención o lugar donde se encuentre la persona pongan en peligro su integridad física, mental o moral.

3) Cuando se infringe el derecho a defensa del ciudadano, como por ejemplo cuando se le traslada a la cárcel pública ubicada en lugar distinto a donde se encuentra el proceso en trámite o se impide el acceso del abogado a conversar con el reo o el acceso al proceso.

## AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Finalmente, es pertinente comentar el recurso de amparo de garantías constitucionales como lo concibe la Constitución Nacional en su artículo 54 y el Código Judicial en su artículo 2615 al 2632 y la profusa jurisprudencia nacional.

El amparo de garantías constitucionales es el recurso que el Estado de Derecho pone al alcance de toda persona contra la cual se expide o se ejecuta por cualquier servidor público una orden de hacer o no hacer que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra y cuyo efecto inmediato es la revocatoria de dicho acto arbitrario.

La orden de hacer o no hacer que especifica la Constitución Nacional, no sólo requiere que sea una orden de hacer que conste por escrito toda vez que el acto arbitrario puede, igualmente, estar revestido de una orden de hacer verbal, la que podría inmediatamente ser revocada por autoridad competente requiriéndose que se pruebe su existencia al tenor de la declaración de, por lo menos, dos testigos.

Debe tramitarse mediante procedimiento sumario y es de destacar que el acto arbitrario debe ser dictado por un funcionario público que posea mando y jurisdicción. Dicho procedimiento lo consagran las leyes especiales y es tan sumario que sólo se admiten dos clases de impedimentos: 1) el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad entre el juzgador y las partes, y; 2) haber, el juzgador, participado en la expedición de dicho acto arbitrario. Asimismo, la recusación sólo puede fundarse en estas dos causales.

En cuanto a la competencia, las normas jurídicas la reservan a la Corte Suprema de Justicia cuando el funcionario que dictó el acto arbitrario ejerce función con mando y jurisdicción en toda la República o en dos o más provincias; a los Tribunales Superiores de Justicia, cuando dicho funcionario ejerce función en una provincia; y a los Juzgados de circuito, cuando las funciones son ejercidas por el funcionario que dicta el supuesto acto arbitrario en un distrito o parte de él.

El conocimiento de estos negocios será de la competencia de los tribunales que conozcan de los asuntos civiles.

La jurisprudencia nacional, para los efectos de la admisión o no del amparo de garantías, debate dos temas; uno, la inminencia del acto y el otro lo es si el que interpone la acción debe concurrir preferentemente a la vía constitucional.

En cuanto a la inminencia, la jurisprudencia más arraigada enseña que la actual CSJ exige que, desde el momento en que se acuse el acto de arbitrario al momento en que se interpone la acción, debe transcurrir un periodo de tiempo no mayor de dos meses, dándole al concepto de inminencia un equivalente de perjuicio grave que requiere revocatoria inmediata. De allí que la jurisprudencia es constante en NO ADMITIR un recurso de amparo cuando han transcurrido más de dos meses desde que se dictó el acto arbitrario atacado.

Igualmente, la jurisprudencia ha sido celosa en no permitir que la utilización de un recurso de amparo pase a convertir esta acción en un instrumento del cual emerja una tercera instancia. De allí que no se admite la revisión del proceso de valoración de pruebas a través de este recurso extraordinario.

La mayoría plenaria ha exigido el cumplimiento del principio de definitividad constitucional en el sentido que se le advierte al accionante que concurra preferentemente a la vía administrativa antes que a la vía constitucional, en cuyo caso me parece que no se debería exigir el requisito de dos meses para calificar el acto de inminente.

Finalmente deseo destacar que la jurisprudencia panameña en materia de amparo de garantías constitucionales no permite que este recurso extraordinario se impetre contra decretos ejecutivos por conllevar éstos una orden *erga omnes* y no una orden individual, así como tampoco permite amparos sucesivos y mucho menos contra decisiones jurisdiccionales del Tribunal electoral, todo en aras de no permitir que se afecte por esta vía a la administración pública nacional ni a los procesos electorales, garantes de la democratización del país.

## LOS ESTATUTOS DE LOS PARLAMENTARIOS

Conceptúo que no puedo referirme al Estatuto de los parlamentarios si antes no me inmiscuyo en el tratamiento de la garantía de la inviolabilidad parlamentaria y los derechos fundamentales y en el tratamiento de la

inmunidad parlamentaria y la condición de los parlamentarios en relación con los derechos fundamentales.

El Estatuto de los parlamentarios constituye un término amplio, bajo el que pueden agruparse tanto, fundamentalmente, las prerrogativas o garantías clásicas de los parlamentarios, como otras cuestiones relativas a sus incompatibilidades, ineligibilidades y derechos y deberes individualmente considerados, como son los derechos a una asignación económica, facilidades de materiales para el desempeño de su cargo, deber de asistir a las Cámaras y comisiones. No sin embargo, como he advertido, mi interés aquí va dirigido especialmente a desarrollar las garantías parlamentarias conocidas como clásicas y como lo advertí: la inviolabilidad e inmunidad y problemas vinculados con la condición de los diputados.

#### a) *Precedentes históricos*

En los tiempos medievales únicamente puede hablarse de ciertos privilegios que el rey concedía a los procuradores, a los que él mismo muchas veces llamaba para que acudieran a las cortes estamentales. Se trataba de privilegios concedidos graciosamente por el rey para la seguridad personal y patrimonial de los que iban y venían de las cortes en viajes largos, difíciles y peligrosos. Por ejemplo, una ley de las siete partidas de Alfonso X se titulaba: «Cómo ser guardados los que fueren a la Corte del Rey o viniesen de ella». Ahora bien, la verdad es que aquellos privilegios medievales hispanos poco tienen que ver con las actuales garantías parlamentarias de la inviolabilidad y de la inmunidad.

Cabe aludir a los privilegios y franquicias históricas inglesas, a los conflictos entre el rey y el Parlamento. Para la época surgieron dos franquicias históricas conocidas como *freedom of speech* y *freedom from arrest or molestation*.

La *freedom of speech* se entendió como una garantía otorgada por el monarca a aquellos grupos estatales o sociales con derechos a ser consultados en el Parlamento, en el sentido que sus consejos serían escuchados sin amenazas ni amedrentamientos.

Para la época, muchos parlamentarios fueron juzgados por el Parlamento y encarcelados, sin que pueda hablarse de libertad de expresión, ni de irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios.

En 1689 sobre vigencia esta institución, luego de ser reiteradamente violada, se comienza a entender como una garantía y expresión de la soberanía del Parlamento.

Por su parte, la *freedom from arrest or molestation*, es decir, la libertad frente al arresto o molestia, protegía al parlamentario de toda detención durante los periodos de sesiones y durante los 40 días precedentes y siguientes, se pretendía que los parlamentarios pudieran viajar al parlamento sin ser molestados, permanecer libremente en el lugar y regresar con seguridad al domicilio.

Este privilegio protegía al parlamentario en su libertad personal frente a las acciones judiciales de carácter civil, no frente a las acciones criminales o penales. Por eso, esta protección perdió fuerza o su razón de ser al absolverse en Inglaterra la prisión por deudas. Desde entonces el Parlamento británico tiene el mismo trato judicial que cualquier otro ciudadano.

En definitiva, la inviolabilidad se justificaba en el antagonismo histórico frente al Estado Liberal y el Antiguo Régimen. Constituye una garantía para preservar la independencia y la libertad del parlamento soberano y de sus miembros contra los ataques y persecuciones criminales políticamente motivados, proveniente del rey y del viejo aparato de poder ejecutivo y judicial.

En Panamá, esta garantía constitucional se encuentra consagrada en el artículo 154 de la Constitución nacional, el cual enseña que: «los miembros de la Asamblea Nacional no son legalmente responsables por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo».

Este precepto constitucional se ha transcrito taxativamente igual en cada una de nuestras constituciones nacionales (v.gr. arts. 57 C. Nal. de 1904, 87 de la C. Nal. de 1941, 113 de la C. Nal. de 1946 y 154 de la C. Nal.)

Esta norma fundamental reserva el privilegio a favor del diputado en el sentido que le consagra plena libertad de expresión y de palabra, mientras se encuentra en el ejercicio de su cargo. Mal podría decirse que un diputado tiene la expresión soberana del pueblo si éste puede ser perseguido en el momento de expresar su voluntad en forma de ley.

¿Ahora bien, qué tan amplio es éste poder? ¿Hasta dónde es la extensión de este privilegio? Pienso que ningún hombre tiene derecho a difamar a los demás so pretexto de desempeñar los deberes de su cargo, y en caso de que el ejercicio actual de éste lo obligare a tanto, ello no debe constituir una razón que le autorice para destruir por medio de la prensa la reputación ajena a perturbar la tranquilidad de los ciudadanos.

## *b) La inmunidad parlamentaria*

Esta es sin duda, la prerrogativa que nos interesa analizar. Nuestras constituciones nacionales, desde que nos hicimos república, la consagran;

la Constitución de 1904 se refirió a ella y estableció que veinte días antes de principiarse las sesiones, durante ellas y veinte días después, ningún miembro de la Asamblea Nacional podría ser llamado a juicio criminal sin permiso de ésta y tampoco podrían ser demandados civilmente durante el mismo término, o sea, se poseía una inmunidad total o plena.

La Constitución del 41, por su parte, acogió igualmente la inmunidad, pero adicionándole la inmunidad en caso de juicio policivo y la constitución de 1946; por su lado, reguló la respectiva prerrogativa desde el día de la elección del diputado y por todo el periodo para el cual fue electo. Este no podía ser demandado civilmente, ni ser perseguido sino por autorización previa de la Asamblea o de la comisión legislativa permanente. Cuando la cámara estuviere en receso, le correspondía a la Asamblea o a la comisión levantar temporalmente la inmunidad si aquella estuviere de vacaciones.

Por su lado, la Constitución de 1972, que da origen a la Asamblea de Representantes de Corregimientos, en sus inicios contempló la garantía de la inviolabilidad y la inmunidad así: «los miembros de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, no son legalmente responsables por las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo y merecen consideración y respeto por parte de las autoridades. Durante el término de los seis años para el cual fueron elegidos, los representantes no podrán ser perseguidos ni arrestados por causas penales o policivas sin la autorización previa del Consejo provincial de coordinación al cual pertenezcan, salvo los casos de flagrante delito».

Del texto transcrito se debe colegir que los respectivos Representantes de Corregimiento podían ser demandados en materia civil.

El acto reformativo de 1978 innovó en esta materia y reseñó que la inmunidad parlamentaria amparaba al legislador cinco días antes de cada legislatura, durante ella y hasta cinco días después, los miembros de la Asamblea legislativa gozarían de inmunidad, no pudiendo ser perseguidos ni detenidos por causas penales o policivas, sin previa autorización de la Asamblea legislativa. El legislador podría ser detenido en caso de renuncia a ésta, o de flagrante delito y demandado civilmente, pero sin que se pudiera decretar, contra éste, secuestro o medidas cautelares. (Art. 149 C. Nal.)

Es precisamente a esta inmunidad parlamentaria a la que nuestros diputados acaban de renunciar, todo ello, mediante el acto legislativo número 1 de 2004 y con el objeto de recoger el querer de la prensa nacional o de algunos sectores de la sociedad, erigiéndose bajo el nombre y la representatividad de la sociedad civil.

Dicho acto legislativo informa al país lo siguiente:

«Artículo 155.

Los miembros de la Asamblea Nacional podrán ser investigados y procesados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por la presunta comisión de algún acto delictivo o policivo, sin que para estos efectos se requiera autorización de la Asamblea nacional. La detención preventiva o cualquier medida cautelar será determinada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

El diputado principal o suplente podrá ser demandado civilmente pero no podrá decretarse secuestro u otra medida cautelar sobre su patrimonio, sin previa autorización del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con excepción de las medidas que tengan como fundamento asegurar el cumplimiento de obligaciones por Derecho de familia y Derecho laboral.»

Este acto de nación y de patria verificado por los diputados del país, en un gesto de desprendimiento, se ha visto lesionado en su integridad cuando sectores de la vida nacional no han sabido o no han querido valorar esta conducta en su justa dimensión, ni realizar una interpretación adecuada del nuevo artículo 155 de la Constitución nacional en concordancia con el artículo 206, ordinal tercero, que en su sentido literal reseña que: «Corresponde a la Corte Suprema de Justicia investigar y procesar a los diputados. Para efectos de la investigación el Pleno de la Corte Suprema de Justicia comisionará a un agente de instrucción».

Hoy día, algunos se oponen a que sea la Corte Suprema de Justicia la que instruya contra los diputados de la Nación; para ello, comentan que esta institución no posee las condiciones adecuadas para esos efectos, olvidándose que si esa fuera una razón lógica, lo que queda es, entonces, crearlas como garantía de respeto a la Constitución y en el menos tiempo posible.

Otros, por su lado, aluden a que el Ministerio Público es el ente por antonomasia encargado de perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales (Art. 220 de la C. Nal.), por lo que se está vulnerando el amplio campo de las facultades de esta institución pública. Los más, continúan alegando que el hecho de que los diputados sean investigados y procesados por la Corte Suprema de Justicia, es un nuevo fuero distinto al de los mortales panameños. A estos hay que recordarles que fueron, aunque regulados en normas jurídicas distintas, también pudiese pensarse que poseen los obispos del país, los procuradores general de la Nación y de la Administración, el señor presidente de la República, por los delitos en que incurran en el ejercicio de sus funciones, quien es investigado por la Comisión de Credenciales y procesado o condenado



por las dos terceras partes de los miembros que componen el Parlamento nacional, igual tratamiento recibimos quienes hoy somos magistrados de la Corte Suprema de Justicia del país.

c) *Ley n.º 25 de julio de 2006*

Esta Ley adiciona disposiciones al C. Judicial sobre la investigación y el procesamiento de los actos delictivos y policivos seguidos contra un diputado principal o suplente y deroga normas especiales con relación a la Ley 49, que dicta el reglamento orgánico del régimen interno de la Asamblea Nacional.

Corresponde, a raíz de la expedición de este texto jurídico, preguntarnos a quién le corresponde interpretar la ley, a la Asamblea Nacional o a la Corte Suprema de Justicia. Sin dudas, que a esta última; no puede, la Asamblea, expedir leyes y ella misma interpretarlas. Esta facultad la reserva la Norma fundamental (art. 206) a la Corte Suprema de Justicia pero sobre reglas claras y precisas desglosadas en el artículo 9 del Código Civil. Para ello, la magistratura debe ir a la exposición de motivos que fundamentó el proyecto para escudriñar la voluntad del legislador, examinar la *ratio legis* en su momento; consultar los principios fundamentales del Derecho, la lógica formal y finalmente, el sentido de la ley, basado en una lógica sistemática para llegar al sentido correcto de la norma, la ley no puede interpretarse aisladamente.

Este nuevo texto jurídico, que hoy compone el ordenamiento jurídico nacional, preceptúa que las denuncias o querellas que se promuevan contra un diputado principal o suplente, serán presentadas ante la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y todas aquellas en trámite serán enviadas en el estado en que se encuentren al Pleno de este tribunal colegiado, reseñando una etapa de precalificación de la querella sobre su admisibilidad o no.

Con lo planteado, corresponde determinar si el legislador desarrolla o no en estas normas especiales sobre la materia, el espíritu de los artículos 155 y 206 de la Carta Fundamental, en el sentido que fuera el Pleno de la Corte Suprema de Justicia quien investigara sus causas o, por el contrario, mantener una interpretación apegada al artículo 220 de la Constitución vigente.

Por mi parte, y como quiera que desempeño en la actualidad el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y que existe planteada en ésta, por parte de los representantes del Ministerio Público, una demanda

de Inconstitucionalidad, me reservo el derecho de interpretación.

La etapa de precalificación de la querrela o denuncia tiene plena justificación en la medida que el artículo 2467 del Código Judicial requiere la existencia de la prueba preconstituída para iniciar proceso sumario contra el empleado público, en este caso contra el diputado.

Resulta conveniente el parecido lógico jurídico entre esta clase de proceso y el proceso a los magistrados de la Corte, proceso que se ventila ante el Parlamento nacional. En éste, la Cámara legislativa nombra a un legislador que se denominará legislador fiscal, quien instruye el proceso y lleva consigo la acusación procesal, pero no emite voto en el plenario y se hace reemplazar por su suplente. En aquel –proceso contra diputado o suplente– realizado el sorteo de rigor, designado el ponente y admitida la denuncia, el Pleno de la sala de acuerdo comisionará a un magistrado, quien debe actuar como fiscal de la causa penal o policiva; realizará las diligencias propias de la instrucción sumarial y sólo por vía de excepción puede solicitar el auxilio del Ministerio Público para que éste realice determinadas diligencias judiciales, sin que se pueda exceder de los límites del fin o acto comisionado.

El magistrado fiscal, por supuesto, al igual que el diputado fiscal, al momento de las tomas de decisiones en el Pleno, se separará de su cargo y se hará reemplazar por su suplente.

La fase sumarial termina, como es normal en toda encuesta penal, con el dictamen de la vista fiscal de rigor, la que deberá ser emitida por el magistrado fiscal, quien podrá solicitar llamamiento a juicio o sobreseimiento, correspondiéndole al Pleno de la Corte Suprema de Justicia por mayoría absoluta de sus miembros, calificarla; al igual le corresponde y con la misma mayoría, dictar la detención del diputado o su suplente; asimismo, el secuestro de sus bienes si se considerase pertinente.

Interesante resulta destacar que la sentencia que resuelva el fondo de la causa penal será adoptada por una mayoría calificada equivalente a las 2/3 partes de los miembros del Pleno de la Corte y contra ella cabe el recurso de revisión, reconsideración y acciones de inconstitucionalidad, lo cual no me parece porque como realiza el Pleno de la Corte un estudio de inconstitucionalidad sobre su propio fallo, revisa su propia decisión o reconsidera su sentencia, si los fallos de la Corte son finales, definitivos, obligatorios y no admiten recurso alguno, puesto que producen cosa juzgada material.

Lo cierto es que, la decisión del parlamento nacional es digna de encomio; renunciar a la inmunidad parlamentaria es conducta propia hoy día de las sociedades desarrolladas. En América Central sólo en Honduras los

parlamentarios han tomado esta clase de postura política. Nuestros diputados han renunciado a una prerrogativa históricamente a ellos reconocida para cuidarlos de los gobiernos anárquicos y absolutistas, sobre todo, cuando se es diputado de oposición y, lo más irónico, para someterse a un proceso que conlleva una sola instancia, renunciando así al recurso ordinario de apelación y casación penal porque sobre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia no queda nada, ni siquiera los dioses del Olimpo.

#### *d) Necesidad o no de la sala constitucional*

Pareciera irónico que el suscrito se refiera a este tema. Me correspondió para la época de 23 de julio de 1999, fecha en que se creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantía y con ello la Ley 32, ser legislador de la Nación y siendo modesto, ser el líder de la oposición parlamentaria. Habían culminado los comicios electorales de mayo de 1999 y el gobierno en turno resultó derrotado en las urnas, me opuse con vehemencia a la reestructuración de la Corte Suprema de Justicia porque al igual que muchos panameños, la mayoría preocupada por estos temas, diría yo, pensábamos y seguimos pensando que se había ilegitimado para tales efectos.

Varios esfuerzos –conocíamos los entendidos en la materia– se habían hecho en esa dirección; así por ejemplo, la Universidad de Panamá, el 9 de enero de 1994, presentó al país un anteproyecto de creación de Constitución y en él se refería a una *Corte* de lo Constitucional compuesta por cinco magistrados titulares y sus respectivos suplentes nombrados por un periodo de diez años, con igual procedimiento al establecido en la Constitución vigente a la fecha y se encargaría de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y de los procesos de hábeas corpus, entre otros.

De este esfuerzo jurídico realizado en igual dirección lo escenificó el anteproyecto del Instituto Latinoamericano de Estudios Avanzados, cuya nota más destacable fue la conformación de *una Sala* de lo Constitucional.

Este grupo lo integraron Winston Robles, Fernando Berguido, Luis Carlos Reyes, Guillermo Sánchez Borbón y Woodrow de Castro y redactaron un proyecto de constitución a la fecha 27 de diciembre de 1993.

Se establecía una Corte Suprema dividida en salas, formada por tres magistrados permanentes cada una, a excepción de la Sala de lo Constitucional que contaba de siete magistrados y tendría, entre otras funciones, la guarda de la integridad de la Constitución.

Un tercer esfuerzo y quizás el más importante y con el cual comulgo,

lo constituye la Ley 32, de 23 de julio de 1999, por la cual se crea la Sala Quinta de Instituciones de Garantía, que establece que la Corte Suprema de Justicia se compone de doce magistrados, tendrá cinco salas y que a ésta le corresponde conocer de hábeas corpus y de amparos, propuestos contra funcionarios con mando y jurisdicción en toda la República en dos o más provincias, de las apelaciones contra los recursos de hábeas corpus y amparo de garantías constitucionales procedentes de los tribunales superiores, así como autorizar las peticiones hechas por el procurador general de la Nación para los efectos de filmar y grabar conversaciones y comunicaciones telefónicas cuando se trate de la investigación de delitos graves.

Este esfuerzo jurídico, que pudo ser beneficioso y útil a la Nación, se ve truncado con la expedición de la Ley 49, de 24 de octubre de 1999, que derogó la Ley 32 de 1999 y restableció la vigencia de los artículos del Código Judicial anteriormente derogados. ¿En qué se equivocó el legislador? Insensatamente el proyecto de ley que originó la Sala Quinta se promueve y se convierte en Ley de la República, culminado los comicios electorales de la época y se pretendió cambiar la correlatividad de fuerzas existentes en la Corte Suprema de Justicia de Panamá, lo que sin duda es inaceptable.

Por mi parte, reconozco que el foro jurídico panameño hoy y no mañana; hoy que aún no estamos hablando de elecciones próximas, debe abrir el gran debate si conviene o no a los cimientos de la Nación un Tribunal Constitucional, una Corte de lo Constitucional o una Sala de lo Constitucional.

Me inclino a pensar, que la creación de una Corte de lo Constitucional garante y guardiana de la constitucionalidad de la ley, requiere de reformas constitucionales; un tribunal de lo constitucional no puede tampoco erigirse en conocedor de los conflictos existentes entre la Norma fundamental y la ley, toda vez que la Constitución Nacional le reserva al Pleno de la Corte Suprema de Justicia esta facultad, por lo que es la Sala de lo Constitucional lo adecuado para el país en este momento en que aún estamos lejos de conocer quién será el próximo presidente de la República.

2 de agosto de 2006

## SUMARIO

|                    |   |
|--------------------|---|
| Presentación ..... | 5 |
|--------------------|---|

### Constitución, Justicia constitucional y Poder Judicial

|   |    |
|---|----|
| SUPREMACÍA Y EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN<br>CON REFERENCIA AL SISTEMA COSTARRICENSE ..... | 11 |
| Ponente: LUIS FERNANDO SOLANO CARRERA   |    |

|   |    |
|---|----|
| 1. Introducción al tema de la supremacía y la eficacia de la Constitución.....  | 11 |
| 2. Supremacía de la Constitución.....   | 15 |
| 3. La supremacía como un <i>prius</i> del ordenamiento.....   | 19 |
| 4. Reconocimiento concreto de supremacía a través<br>de un Tribunal constitucional.....                                     | 21 |
| 5. El papel de la jurisdicción ordinaria en la materia .....  | 25 |
| 5.1. El sistema de justicia constitucional .....  | 25 |
| 5.2. El papel específico de la justicia ordinaria.....  | 29 |
| 6. Criterios utilizados en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica<br>para la interpretación de la Constitución..... | 34 |
| 6.1. El criterio de supremacía propiamente tal.....   | 34 |
| 6.2. Criterio de la constitución como límite para el ejercicio del poder público .....                                      | 36 |
| 6.3. El criterio de unidad o de armonía constitucional .....  | 39 |
| 6.4. Principio de aplicabilidad o aplicación directa en concreto.....   | 40 |
| 7. Otros criterios utilizados por la jurisprudencia constitucional costarricense .....                                      | 41 |
| 8. Acerca de una justicia constitucional especializada.....   | 43 |

|   |    |
|---|----|
| ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PODER JUDICIAL ..... | 49 |
| Ponente: JOAQUÍN BORRELL MESTRE                       |    |

|  |    |
|--|----|
| I. El Poder Judicial .....   | 49 |
| II. La imparcialidad de los jueces y tribunales .....  | 51 |
| III. La independencia judicial .....   | 53 |
| IV. Previsiones constitucionales y legales para garantizar la independencia .....  | 57 |
| V. El principio de unidad jurisdiccional .....   | 59 |
| VI. Manifestaciones del principio de unidad jurisdiccional .....   | 61 |
| A) Planta y demarcación judicial .....   | 61 |
| B) Cuerpo único. Carrera Judicial .....  | 62 |
| C) Unidad de gobierno .....  | 65 |
| D) La configuración de un órgano judicial que culmine la<br>organización judicial y constituya su última instancia ..... | 67 |

|  |    |
|--|----|
| LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN..... | 71 |
| Ponente: JOAQUÍN BORRELL MESTRE          |    |

|  |    |
|--|----|
| I. Significado. Omisiones absolutas y relativas. Su aceptación ..... | 72 |
|--|----|

|   |     |
|---|-----|
| II. El control de las omisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional . . . . .  | 77  |
| A. En general . . . . .   | 77  |
| B. Omisiones absolutas y relativas. Cauces procesales . . . . .   | 79  |
| C. Supuestos de omisión constitucional . . . . .  | 82  |
| D. Tipología de sentencias dictadas: las sentencias apelativas. Las sentencias aditivas. Las sentencias de declaración de inconstitucionalidad parcial. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad . . . . . | 94  |
| Bibliografía básica consultada . . . . .  | 101 |
| Sentencias del Tribunal Constitucional español citadas . . . . .  | 102 |
| Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador citadas . . . . .   | 104 |

GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA. . . . . 105

Ponente: FRANCISCO ROSALES ARGÜELLO

|   |     |
|---|-----|
| Crisis de la democracia - Crisis del Derecho internacional . . . . .  | 105 |
| La seguridad jurídica en el derecho interno . . . . .                 | 108 |
| La seguridad jurídica y la actividad legislativa . . . . .            | 110 |
| Principio de legalidad y seguridad jurídica . . . . .                 | 111 |
| Principio de seguridad jurídica, legalidad y administración . . . . . | 115 |
| La seguridad jurídica y la aplicación de la ley. . . . .              | 117 |
| El juez y la seguridad jurídica . . . . .                             | 118 |
| La jurisprudencia y la seguridad jurídica. . . . .                    | 119 |
| Principio de generalidad y seguridad jurídica . . . . .               | 120 |

**Tutela judicial (el proceso debido)**

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:

|   |     |
|---|-----|
| LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL . . . . . | 129 |
|---|-----|

Ponente: JOAQUÍN BORRELL MESTRE

|  |     |
|--|-----|
| I. La tutela judicial efectiva . . . . .   | 129 |
| II. La prueba . . . . .  | 131 |
| III. La presunción de inocencia. . . . .   | 133 |
| IV. Medios para la identificación de los intervinientes en un hecho delictivo . . . . .                      | 134 |
| V. Intervenciones corporales . . . . .   | 137 |
| VI. La diligencia de entrada y registro domiciliario . . . . .   | 139 |
| VII. Las intervenciones telefónicas y la apertura de la correspondencia. . . . .                             | 142 |
| VIII. Valoración de la prueba. En especial las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales. . . . . | 144 |
| Sentencias del Tribunal Constitucional español . . . . .   | 148 |
| Bibliografía . . . . .   | 150 |

|   |     |
|---|-----|
| LAS DILACIONES INDEBIDAS.....   | 153 |
| Ponente: JAUME VERNET I LLOBET  |     |
| 1. Introducción .....   | 153 |
| 2. Consideraciones generales .....  | 154 |
| 3. La noción de las dilaciones indebidas.....   | 160 |
| 3.1. Naturaleza jurídica y perspectivas.....  | 160 |
| 3.2. El concepto de dilaciones indebidas.....   | 162 |
| 3.3. Las causas.....  | 164 |
| 3.4. El ámbito procesal.....  | 166 |
| 3.5. Los sujetos .....  | 170 |
| 4. Los criterios jurisprudenciales para la conceptualización<br>de las dilaciones indebidas ..... | 171 |
| 4.1. La duración razonable del proceso .....  | 172 |
| 4.2. La complejidad del litigio .....   | 174 |
| 4.3. El comportamiento del demandante .....   | 175 |
| 4.4. El comportamiento de las autoridades .....   | 176 |
| 4.5. Las consecuencias de la tardanza para el interesado.....                                     | 179 |
| 4.6. El estándar de duración medio .....  | 180 |
| 5. Efectos .....  | 182 |
| 6. Sugerencias de lectura.....  | 183 |

|   |     |
|---|-----|
| EL DERECHO A LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA:<br>ASPECTOS PRESTACIONALES DE LA TUTELA JUDICIAL<br>EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE<br>DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL<br>CONSTITUCIONAL ESPAÑOL..... | 185 |
| Ponente: PERE JOVER PRESA   |     |

|   |     |
|---|-----|
| I. El derecho a la organización de la tutela judicial:<br>algunas posiciones doctrinales.....   | 187 |
| II. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....   | 192 |
| III. El derecho a la organización de la justicia en el ordenamiento jurídico español.....   | 195 |
| 1. Primer aspecto: la responsabilidad patrimonial del Estado por<br>funcionamiento anormal de la Administración de Justicia .....   | 195 |
| 2. Segundo aspecto: el derecho a la organización de la tutela<br>judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....   | 200 |
| IV. Valoración global.....  | 206 |
| 1. La configuración legal del derecho a la indemnización por<br>funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no<br>garantiza un efectivo derecho a la organización ..... | 207 |
| 2. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas<br>tiene una efectividad muy limitada .....   | 209 |
| V. Conclusiones .....   | 217 |

|   |     |
|---|-----|
| LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL<br>DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL ..... | 223 |
| Ponente: MARC CARRILLO  |     |

|   |     |
|---|-----|
| 1. La tutela cautelar como parte integrante del contenido esencial del derecho a la tutela judicial: las experiencias del derecho comparado, en especial en España, Francia, República Federal de Alemania e Italia ..... | 224 |
| 1. Los procedimientos del «constat d'urgence», del «référé» y del «sursis à exécution» en Francia .....   | 237 |
| 2. El supuesto de la orden provisional judicial en el ámbito de lo contencioso-administrativo en Alemania .....   | 242 |
| 3. Las medidas cautelares en Italia .....   | 246 |
| 2. Los nuevos criterios y modalidades de medidas cautelares en el ordenamiento contencioso-administrativo español tras la Ley 29/1998 (LJCA) .....  | 247 |
| a) La pluralidad de medidas cautelares .....  | 248 |
| b) El cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares .....  | 252 |
| c) Cuestiones relativas al procedimiento de la tutela cautelar .....  | 254 |

|   |     |
|---|-----|
| LAS GARANTÍAS DE LA DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ..... | 257 |
| Ponente: ANTONIA AGULLÓ AGÜERO  |     |

|  |     |
|--|-----|
| 1. La consolidación del Estado de Derecho .....  | 258 |
| 2. Los ordenamientos jurídicos complejos y la crisis del principio de legalidad, un fenómeno común .....   | 258 |
| 3. La función de las Cortes Constitucionales .....   | 260 |
| 4. La aplicación a los procedimientos administrativos del derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ..... | 264 |
| 4.1. Planteamiento general .....   | 264 |
| 4.2. Matizaciones .....  | 266 |
| 5. La doctrina de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en materia de indefensión .....   | 268 |
| 6. La posición del TCE en materia de indefensión .....   | 270 |
| Nota bibliográfica .....   | 273 |

## Procesos constitucionales

|  |     |
|--|-----|
| LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN GUATEMALA ..... | 277 |
| Ponente: ROBERTO MOLINA BARRETO                  |     |
| I. Presentación .....                            | 277 |
| II. Corte de Constitucionalidad .....            | 278 |



|  |     |
|--|-----|
| II.I. Antecedente . . . . .  | 278 |
| II.II. Marco institucional y normativo . . . . .   | 281 |
| II.III. Integración . . . . .  | 283 |
| II.IV. Competencia . . . . .   | 284 |
| III. Garantías Constitucionales. . . . .   | 287 |
| III.I. Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos<br>y disposiciones de carácter general . . . . . | 287 |
| III.II. Inconstitucionalidad en caso concreto. . . . .   | 290 |
| III.III. Amparo . . . . .  | 292 |
| III.IV. Exhibición personal . . . . .  | 297 |

PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA  
REPÚBLICA DE EL SALVADOR. . . . . 299  
Ponente: MAURICIO ALFREDO CLARÁ

|   |     |
|---|-----|
| 1. A efecto de otorgar una tutela efectiva a través del proceso de<br>habeas corpus, la Sala de lo Constitucional ha reconocido<br>diversas modalidades en tal proceso, siendo éstas: . . . . . | 304 |
| 2. Procedimiento . . . . .  | 305 |

LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN PANAMÁ. . . . . 311  
Ponente: ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

|  |     |
|--|-----|
| El control legislativo . . . . .   | 312 |
| El control judicial de la Constitución . . . . .   | 312 |
| a) El control descentralizado o difuso . . . . .   | 312 |
| b) El control centralizado o concentrado . . . . .   | 313 |
| Posibles campos de jurisdicción de los tribunales<br>constitucionales especializados . . . . . | 314 |
| Revisión de la constitucionalidad de las normas . . . . .                                      | 315 |
| a) Control normativo preventivo . . . . .  | 315 |
| b) El procedimiento en el control constitucional previo. . . . .                               | 315 |
| c) Ámbito de revisión normativa en el control preventivo . . . . .                             | 316 |
| d) Efecto de las decisiones en el control preventivo . . . . .                                 | 317 |
| Control preventivo de las reformas constitucionales . . . . .                                  | 317 |
| Clases de procesos constitucionales en Panamá . . . . .  | 318 |
| El hábeas data . . . . .   | 319 |
| El recurso de hábeas corpus . . . . .  | 320 |
| Amparo de garantías constitucionales . . . . .   | 321 |
| Los estatutos de los parlamentarios . . . . .  | 322 |
| a) Precedentes históricos . . . . .  | 323 |
| b) La inmunidad parlamentaria . . . . .  | 324 |
| c) Ley n.º 25 de julio de 2006 . . . . .   | 327 |
| d) Necesidad o no de la sala constitucional . . . . .  | 329 |



9 788439 376958