

LA CRISIS DEL RECURSO DE AMPARO. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Encarna Carmona Cuenca. Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones. 2005, 143 páginas.

Patricio Masbernat *

1.- Este libro se publica en momentos en que en España se debaten modificaciones al *recurso de amparo constitucional* de derechos constitucionales de carácter fundamentales (RCA, en adelante), debido a graves problemas que éste presenta en la realidad práctica.

La profesora Carmona describe las vías de solución que en este último tiempo se han propuesto a ellos, exponiendo las posiciones defensoras y detractoras y las suyas propias¹:

- a) La supresión del RAC.
- b) La distinción entre cuestiones de mera ilegalidad y de inconstitucionalidad.
- c) Exclusión de derecho de tutela judicial efectiva del ámbito de protección del RAC.
- d) Otorgar la capacidad al Tribunal Constitucional Español (TCE, en adelante) de seleccionar los asuntos de los que conocerá.
- e) Configurar legalmente el recurso de amparo ordinario o judicial.

2.- Como muchos sabrán, el RAC es el instituto homólogo español de nuestro recurso de protección, y es materia de conocimiento del TCE a diferencia de nuestro instituto, el cual está bajo la competencia de la Justicia Ordinaria o Poder Judicial.

* Abogado. Doctor (c) en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Debo agradecer a la Abogada y Magister en Derecho Sra. Gloria Ramos Fuentes, por su disponibilidad para revisar una versión final del presente trabajo. He seguido sus útiles recomendaciones. Cualquier error que quedara, sin embargo, es de mi responsabilidad.

¹ Se puede ampliar esta materia en Pablo Pérez Tremps, **La Reforma del Recurso de Amparo**, Coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

Ello no obsta a entender que, en el ordenamiento español, también los Tribunales Ordinarios tienen la misión de proteger los derechos fundamentales, sea a través de sus procedimientos ordinarios o a través de procedimientos especializados, correspondiendo al TCE una actividad sólo subsidiaria. No obstante esta posición teórica, dentro de la cultura jurídica española el RAC constituye una “última instancia de apelación para casi todo tipo de procesos” y una fórmula de dilatar los procesos judiciales². Lo anterior, se debe a que el RAC es procedente no sólo contra actos administrativos sino también contra actos u omisiones de órganos judiciales³, entre otros casos. Como también es conocido, la gran mayoría de los RAC son interpuestos precisamente contra éstos últimos (y es lo que ha ocasionado una sobrecarga y retardo muy grandes en el trabajo del TCE), especialmente debido a una interpretación amplia del art. 24 de la Constitución Española (lo que ha llevado a algunos a estimar necesario la exclusión de este derecho del ámbito de protección de este recurso), que contempla el derecho a la tutela judicial efectiva, considerada como “interdicción de la indefensión”, lo que (también apoyándose en el derecho a la igualdad)⁴ ha generado una práctica hipergarantística del TCE, que han llevado a proteger por vía de RAC derechos que estaban excluidos de él por la Constitución Española o la Ley Orgánica del TCE⁵. De lo anterior que, en la posición de la Profesora Carmona, la admisibilidad de un RAC frente a vulneraciones procesales debiera estar condicionada a la trascendencia constitucional de la infracción y a la gravedad del perjuicio (debiendo el recurrente argumentar sólidamente sobre esos puntos), dando pie a una cautela de derechos principalmente objetiva, excepcional y subsidiaria (acercándola al *writ of certiorari* norteamericano)⁶. Como fruto de ello, los ajustes que deben hacerse para proveer de protección a los derechos de manera general deben incidir en la actuación del Poder Judicial, como referiré más adelante.

La revisión por el TCE de las decisiones del Poder Judicial ha tenido diferentes

- ² Figueruelo, Ángela, **El Recurso de Amparo. Estado de la Cuestión**, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 75. Este libro es interesante debido a que de alguna forma es semejante al libro comentado, por su carácter de análisis del estado actual de la institución que le ocupa. Sin embargo, para Figueruelo son otras las preocupaciones, entre ellas y básicamente, la procedencia del RAC por violación de derechos por parte de particulares. La Profesora Carmona también aboga por ello, en la medida que previamente se haya agotado la vía judicial previa.
- ³ Si bien la Ley Orgánica del TCE exige que la violación de derechos tenga origen inmediato y directo en el acto u omisión de un órgano judicial, en muchas veces la norma no se aplica de modo estricto.
- ⁴ En los Anexos del libro de Pablo Pérez Tremps, **La Reforma del Recurso de Amparo** (citado), pueden observarse las Estadísticas precisas del Tribunal Constitucional a las que nos referimos. También pueden consultarse las Memorias Anuales de dicho organismo español.
- ⁵ Figueruelo, op. cit., p. 98.
- ⁶ Este es una cuestión de opciones de política constitucional, ya que como afirma la doctrina, la diferencia entre la protección objetiva y subjetiva no es en la práctica posible de apreciar, como por ejemplo explica Pérez Tremps, Pablo, en **El Recurso de Amparo**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 31.

fundamentos, entre los que se encuentra el de la necesidad de difundir una práctica respetuosa de los derechos fundamentales en un Poder Judicial respecto del cual existía una profunda desconfianza por su alianza con la Dictadura de Franco, esto es, con un régimen no democrático⁷. Dicha percepción ha ido cambiado, debido al progresivo desarrollo constitucional español en más de dos décadas, considerándose entonces ambos Organismos igualmente cualificados, salvo casos muy excepcionales⁸.

A través de la misma vía (art. 24 Constitución Española), el TCE ha integrado otras situaciones no protegidas por su Ley Orgánica, como las violaciones de derechos por otros particulares⁹. Esto es otra diferencia con nuestro recurso de protección, el que cautela frente a agresiones (privación, perturbación o amenaza) de particulares.

3.- En principio, tanto la normativa como la práctica jurídica¹⁰ parecen muy distintas¹¹, por lo que cabe preguntarse sobre la relevancia por qué en Chile debe leerse el libro de la profesora Carmona. Estimo que al menos existen las siguientes razones:

- a) Porque presenta el estado de la cuestión en el Derecho Español, que constituye un importante referente para América Latina y Chile¹². Sus análisis y cuestionamientos pueden ser relevantes.
- b) Da cuenta de la crisis institucional de la actual configuración jurídica del RAC, que clama por su reforma (la que por lo demás al menos en los términos explicados se arrastra de siempre)¹³. Explica que la crisis crónica no remite, ya que las reformas llevadas a cabo sobre él (insuficientes e indebidamente aplicadas) no resuelven el

⁷ Como sabemos, el Estado Constitucional de Derecho se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales. La Democracia y los derechos fundamentales tienen una vinculación indisoluble (Ver, Santolaya, Pablo y García, Javier, **La Europa de los Derechos Humanos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005). He hecho una recensión de esta obra pronta a publicarse en Chile.

⁸ Página 129, obra comentada.

⁹ Página 58, obra examinada.

¹⁰ Sobre la práctica jurídica en materia de aplicación judicial de derechos constitucionales en Chile (y en el sentido que aquí me refiero), creo que en Chile sigue siendo esencial remitirse a Peña González, Carlos, **Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales**, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996.

¹¹ Ver, por ejemplo, Diego Palomo, "Violación de Derechos Fundamentales por los Tribunales de Justicia: Recurso de Protección y de Amparo Español, Un análisis comparado", *Ius et Praxis*, Año 9 N°2, 2003, p. 133-159.

¹² Como lo explica Humberto Nogueira en su recensión del libro "La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano" (Fernández Segado, Francisco, Coordinador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2003) *Revista Ius et Praxis*, Año 10 N° 2, p. 383-384, 2004.

¹³ No obstante ello, el balance y diagnóstico de la doctrina española es positivo, ya que el RAC ha significado beneficios al sistema constitucional.

principal problema, cual es la falta de capacidad del TCE de responder en los plazos legales a la gran cantidad de demandas de amparo presentadas.

- c) Expone sobre los conflictos institucionales, no resueltos y que no parecen posibles de resolverse¹⁴, entre el Poder Judicial y el TCE producidos, en el fondo, por la lucha de la supremacía de uno sobre el otro¹⁵, pero interpretada por algunos como celo con que actúan en sus respectivos ámbitos de intervención en la tutela de derechos¹⁶.

Lo anterior, como muchos otros aspectos del desarrollo del RAC nos pueden ser útiles en nuestro país de cara al actual escenario en materia de justicia constitucional, o en las reformas que queramos proyectar.

El libro es breve, pero ello no lo hace menos interesante, profundo y crítico. No constituye un manual¹⁷, pero aún tratando problemas teóricos intenta dar respuestas a los problemas prácticos más acuciantes de la institución estudiada. En su primer capítulo trata de brevemente acerca de la protección de los derechos fundamentales y la justicia constitucional. El segundo se refiere al carácter subsidiario del RAC. El capítulo siguiente da cuenta de su problemática actual y el final, a sus posibles vías de solución.

4.- En este punto estimo interesante señalar algunas particularidades del sistema español que son necesarias de tener en cuenta a fin de entender el contexto dogmático en el cual el libro se enmarca.

¹⁴ Explicado por de la Oliva, Andrés y Díez Picasso, Ignacio, **Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales**, MacGraw Hill, Madrid, 1996; Canosa, Raúl. «Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta», en *Ius et Praxis*, Edición sobre la «Corte Suprema y Tribunal Constitucional: competencias y relaciones», año 4, N°1, 1998.

¹⁵ La profesora Carmona comenta (p. 87 y ss.) una serie de desencuentros convertidos en verdadera guerra de guerrillas entre el Tribunal Supremo y el TCE, (que nace debido a la invasión de funciones típicamente judiciales por parte del TCE, lo que como explica Pérez Tremps - en **El Recurso de Amparo**, citado, pp. 21 y siguientes- que ello no se dé a veces es imposible porque se relaciona con como opera el recurso en la práctica). La profesora Carmona comenta uno de los tantos hechos graves de esa relación del siguiente modo. La Primera Sala Civil del Tribunal Supremo condenó civilmente a once magistrados del TCE por adoptar una decisión de manera negligente. El TCE por Acuerdo Pleno de marzo de 2004 afirma que sus resoluciones no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del poder Judicial. Los Magistrados del TCE interpusieron un RAC contra la sentencia del Tribunal Supremo.

¹⁶ Esfuerzos tales como la doctrina que distingue entre cuestiones de mera legalidad y cuestiones de constitucionalidad, no han sido suficientes para delimitar los ámbitos competenciales (obra informada, p. 101 y siguientes). Una fórmula de resolver el conflicto o coordinación entre Poder Judicial y TCE ha sido el establecimiento de un recurso de nulidad procesal, ampliado sucesivamente y de nuevo en el Proyecto de Reforma legal en razón de violación de derechos fundamentales en el proceso judicial.

¹⁷ Un libro relativamente nuevo que constituye precisamente caracteres de generalidad que permiten conocer todos los detalles del RAC, por tanto muy diferente al libro comentado, es la obra de Pablo Pérez Tremps, **“El Recurso de Amparo”**, citado.

4.1.- La Constitución Española trata en su Capítulo II los derechos y deberes, y considera diversas secciones. La Primera Sección se refiere a los derechos fundamentales y las libertades públicas, las cuales, más el derecho de igualdad (art. 14) y la objeción de conciencia (art. 30), son protegidos en cuanto tales por el Capítulo IV (art. 53 y 54), esto es, vinculan al poder público, deben regularse por ley y ella debe respetar su contenido esencial, gozan de la protección del RAC ante el TCE y recurso de amparo ordinario ante Poder judicial (procedimiento judicial preferente y sumario, que pese a mandato constitucional no ha sido desarrollado sistemáticamente por la ley, lo que para la Profesora Carmona es un tema relevante de la crisis del sistema, como se verá). La Sección Tercera da cuenta de una serie de principios rectores de la actividad política, social y económica que informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (conforme a art. 53.3).

Esto deja fuera del estatuto de derechos fundamentales y supeditado a los principios de la Sección Tercera, a una serie de derechos y deberes declarados en la Sección Segunda cuya regulación entonces será mucho más discrecional y menos limitada por los órganos públicos de la administración activa conforme a sus ideas de, por ejemplo, planificación económica (supeditándose, eso sí, según estimo, a los criterios de proporcionalidad). Ahí se encuentra la libertad de empresa y la propiedad privada.

Las diferentes formulas de tratamientos de derechos y la configuración de éstos como unidades y sistemas es sumamente interesantes, ya que en Chile no tenemos producción dogmática suficiente para ello.

4.2.- Otro ámbito relevante es la distinción entre las *vertientes subjetivas y objetivas de concreción y protección de los derechos constitucionales*. El RAC tradicionalmente se vincula a la protección de derechos del reclamante, pero aún sobre los casos individuales el TCE construye una doctrina de general aplicación como intérprete supremo de la Constitución¹⁸. En esto también existe una diferencia con Chile, donde la idea sagrada del principio de relatividad de la sentencia y la de no vinculación de precedentes genera cierto desconcierto, según algunos es índice de una inadecuada técnica jurídica de la actividad de las Cortes¹⁹.

¹⁸ Ver Pérez Tremps, **El Recurso de Amparo**, citado, p. 32. También Marina Gascón Abellás, **La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional**, Tecnos, Madrid, 1993.

¹⁹ Cfr.: Atria Lemaitre, Fernando, **Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional**, Cuadernos de Análisis Jurídicos N°36, Serie Seminarios, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997; Jana Linetzky, Andrés; y Marín González, Juan Carlos, **Recurso de Protección y Contratos**, Editorial Jurídica de Chile, 1996; un artículo de Patricio Masbernat sobre análisis jurisprudencia en materia de recursos de protección recaídos en el art. 19 N° 21 de nuestra Constitución, de pronta publicación; Bordalí Salamanca, Andrés, "El Modelo Chileno de Jurisdicción Constitucional de las Libertades: Análisis en el Marco de los Valores de Seguridad Jurídica e Igualdad Constitucional", *Revista de Derecho* (Valdivia), julio 2005, Vol. 18, N°1, p.89-117.

La vertiente objetiva (estudiada en el capítulo IV de la obra que comentamos) en su punto más claro se presenta en los casos en que el Tribunal competente puede seleccionar a qué casos se avocará en razón de su relevancia constitucional o para el ordenamiento jurídico, busca proteger el ordenamiento y los derechos fundamentales en cuanto normas generales y abstractas²⁰. La Profesora Figueruelo²¹ explica esto con meridiana claridad al comentar las propuestas que desde hace años se vienen haciendo, en orden a integrar un *writ of certiorari* para el TCE, aunque para algunos sería un sistema como en Alemania (sin embargo, otros no hacen esta distinción, ya que la influencia del modelo norteamericano de justicia constitucional en Europa es innegable²²). Por lo demás, los problemas que se presentan en el sistema español también existen en Alemania²³.

5.- El libro termina con algunas propuestas, siendo probablemente la más llamativa aquella que invita a una futura regulación diferenciada del RAC por vulneración de derechos producidos directamente por órganos judiciales en virtud de actos procesales, y los recursos cuyo origen está en actos extraprocesales procedentes de otros poderes públicos y particulares, debido a su diferente naturaleza y también en consideración a la práctica abusiva del recurso por lesiones de derechos de origen judicial, lo que la autora explica y fundamenta en detalle. Respecto de los primeros, debieran someterse a un severo régimen de admisión, aceptándolos a tramitación sólo por excepción y no como regla, como hoy ocurre.

En este orden de ideas, la función del juez ordinario en la protección de los derechos fundamentales es esencial para que un sistema constitucional funcione, ya que “es imposible garantizar a todos los ciudadanos el acceso a un único tribunal con jurisdicción en todo el territorio nacional”, ya que “ello no podría asegurarse por razones técnicas y, si se

²⁰ Sin embargo, ello se conecta con el problema de la separación de poderes (como principio básico del constitucionalismo continental europeo) ya que implica (como lo han destacado algunos juristas españoles como Figueruelo, op. cit., p. 43 y siguientes) hacerse cargo de materias propiamente legislativas. La excesiva (o progresivo aumento de la) competencia del Tribunal Constitucional constituye un problema que ha sido estudiado, por ejemplo, ver Atria, Fernando, “El Derecho y la Contingencia de lo Político”, *DOXA*, 2003, pp. 319 a 345.

²¹ Figueruelo, op. cit., p. 81.

²² José Cascajo y Vicente Gimeno, **El Recurso de Amparo**, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 24. En este libro también se puede estudiar los orígenes del sistema del recurso constitucional. Al respecto, también puede de manera más extensa sobre la historia de la institución a Joan Oliver, **El Recurso de Amparo**, Facultad de derecho de Palma de Mallorca, 1986.

²³ Figueruelo, op. cit., pp. 81 y ss.

intentara, produciría la inoperatividad de este único Tribunal”²⁴.

En este sentido se requiere un más adecuado desarrollo legislativo del recurso de amparo ordinario o judicial²⁵, que existan medidas más potentes que las vías procesales específicas que hoy existen (como el recurso de casación por infracción de precepto constitucional o el incidente de nulidad) para que los Tribunales revisen las infracciones a derechos dentro de procesos judiciales y las reparen. En tal sentido, la modificación del incidente de nulidad incorporando en sus causales la infracción de derechos constitucionales se advierte como una solución posible, a fin de darle la oportunidad al propio Poder Judicial de reparar la infracción antes de acudir al TCE.

Mucho más podríamos decir de este libro, pero creo que me he referido a sus principales puntos, que bien reflejan los que constituyen la preocupación actual del medio jurídico español sobre esta institución.

²⁴ Obra reseñada, p. 131. Es llamativo el contenido del debate en España, que nos hace percibir que el sistema chileno de protección de derechos constitucionales es más operativo y eficiente, y si bien puede mejorarse, ir hacia una jurisdicción concentrada en un Tribunal Constitucional genera un sinfín de problemas, como los comentados en el sistema español, además que nos lleva a la vuelta hacia la necesidad de acudir nuevamente hacia el Poder Judicial. Respecto de los temas que requieren ser reformulado en Chile, entre ellos por cierto se encuentra el problema de la revisión de las sentencias judiciales en cuanto violen derechos fundamentales. Basta ver las propias sentencias, que bien ayudan adecuados comentarios: Juan Carlos Ferrada Bórquez, “Sentencias en curso de protección contra resoluciones judiciales (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Corte Suprema)”, Sección, Jurisprudencia Comentada, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Valdivia, Vol. XV, diciembre 2003, p. 217-225; Alfonso Banda Vergara, “Sentencia en recurso de protección contra resoluciones judiciales (Corte de Apelaciones de Valdivia)”, Sección, Jurisprudencia Comentada, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Valdivia, Vol. XVI, julio 2004, p. 189-201. No obstante lo anterior, los problemas que exponen los comentaristas relativos a las debilidades argumentativas y jurídicas de los fallos estimo que pueden deberse a algo aún más profundo, el deficiente desarrollo de la dogmática de derechos fundamentales en Chile. Esto lo he expuesto en mi recensión de la obra de Santolaya, Pablo y García, Javier, **La Europa de los Derechos Humanos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, de pronta publicación.

²⁵ Tema tratado en un apartado especial del último capítulo de la obra reseñada, páginas 119 y siguientes. Se retoma en las conclusiones, página 131 y siguientes.