

Tópicos sobre garantías normativas de los derechos fundamentales	169
I. La reserva de ley	169
II. Las teorías sobre el contenido esencial sobre los derechos	177
III. La acción de protección (amparo o tutela)	189
IV. La acción de amparo (<i>habeas corpus</i>)	233
V. La acción de reclamación de nacionalidad en Chile . .	243
VI. La acción de indemnización por error judicial en Chile	243
VII. Las garantías de los derechos por el Tribunal Constitucional	244

TÓPICOS SOBRE GARANTÍAS NORMATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. LA RESERVA DE LEY

En materia de reserva de ley se han desarrollado dos modelos, el alemán y el francés.

El modelo alemán establece que el legislador está capacitado para intervenir en cualquier materia, constituyendo el principio de reserva legal, un medio para garantizar la supremacía de la ley.

El modelo francés considera que el legislador sólo puede intervenir en las materias taxativamente sealadas por la Constitución. La reserva de ley, en este caso, es un medio para restringir materialmente la supremacía de la ley, mediante una distribución de competencias entre el Poder Ejecutivo y el legislador.

En Chile, la carta fundamental vigente sigue el modelo francés, al fijar un contenido taxativo al dominio legal (artículo 60 de la Constitución) y establecer un dominio reservado al reglamento autónomo (artículo 32, numeral 8, inciso primero). Sin embargo, introduce también algunas técnicas de garantías rígidas del modelo alemán, como son la vinculación directa del legislador a los derechos constitucionales (artículo 6o.) y la garantía del contenido esencial de los derechos (artículo 19, núm. 26).

El ordenamiento Constitucional chileno como el de otros países (Italia, artículo 2o. de la carta de 1947, la Constitución Española de 1978), establece que debe regularse el ejercicio de los derechos fundamentales por ley, lo que excluye al Ejecutivo de regular a través de normas administrativas los derechos fundamentales. Existe así, en el ordenamiento constitucional chileno, dos preceptos que fundamentan el principio de reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos, el artículo 60, núm. 20, el que sostiene que son materia de ley toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, como asimismo, el artículo 19, núm. 26, que determina la

“seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulan o complementan las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Así se ha desarrollado la teoría de la esencialidad, la cual exige, referente al ámbito de los derechos fundamentales, que las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos sean adoptadas por el legislador, ello transforma la reserva de ley en reserva parlamentaria, ya que lo “esencial” en materia de derechos fundamentales sólo puede ser resuelto por el Parlamento, sin que pueda haber un apoderamiento legal por el titular de la potestad reglamentaria; incluso la carta fundamental chilena, en su artículo 62, prohíbe expresamente incluso que el legislador delegado pueda regular materias comprendidas respecto de derechos y garantías constitucionales, lo que está entregado sólo al legislador formal, al Congreso Nacional.

Con el concepto de reserva de ley se definen sectores y materias que están reservados, exclusiva y completamente, a la ley y excluye su regulación por parte de la administración en forma autónoma. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido que las regulaciones de los derechos en lo referente a condiciones, plazos y modalidades deben ser determinadas por ley, ya que es ésta y no el reglamento la que debe resguardar la garantía de la igualdad (STC rol núm. 247, del 14 de octubre de 1996).

El principio de reserva legal no excluye las remisiones que el legislador puede hacer a la autoridad administrativa para reglamentar las leyes, pero esta regulación reglamentaria está claramente subordinada a los parámetros definidos por la ley.

En la materia, el Tribunal Constitucional ha establecido que, el regular “no podría jamás interpretarse en el sentido que impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo.²¹¹ El mismo Tribunal Constitucional, en sentencia rol núm. 239, del 16 de julio de 1996, considerando 9o., señala que “es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto,

211 Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de abril de 1993, considerando 12.

sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, núm. 13 de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no puede jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, núm. 26, de la carta fundamental), la misma sentencia, en su considerando 13, agrega: “Que, no está de más recordar que conforme con lo que dispone imperativamente la Constitución, los órganos del Estado están al servicio de las personas y al cumplir su finalidad de bien común deben hacerlo con “pleno respeto” de sus derechos y garantías (artículo 1o., inciso 4o.), debiendo incluso promover su ejercicio, esto es, sin vulneración, perturbación o privación de ellos, y se atenta en su contra cuando se infringe una garantía tan básica como es la reserva legal dispuesta por la Constitución para la regulación de la materia”.

Así, el sentido último de la reserva de ley es “asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa, exclusivamente, de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”, como señala el Tribunal Constitucional español en su sentencia 83/1984.

La reserva de la ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia sometiéndolos al procedimiento legislativo que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de esas materias la garantía del pluralismo político. Además, en una perspectiva en que todos los sectores políticos representativos del país son escuchados, se puede lograr un mejor orden de prelación material y temporal, una mayor justificación racional y una definición pública más transparente del bien común.

El carácter democrático representativo del Congreso Nacional es cualitativamente distinto que el del gobierno, ya que manifiesta la voluntad de todos los sectores del pueblo, no sólo la voluntad de la mayoría como en el caso del gobierno, además sigue a un debate público, en que la decisión mayoritaria se configura normativamente en un contexto pluralista, con expresión de las minorías. Si bien la decisión es adoptada por la mayoría del cuerpo parlamentario, debe ser justificada públicamente

en su relevancia y en su prioridad jurídica y temporal, pudiendo acercarse a una decisión más justa, representativa y adecuada.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo éste regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales.

Así, en estas materias el legislador no puede establecer una habilitación genérica al gobierno para reglamentar la materia y deslegalizar la materia reservada, abdicando de su obligación constitucional.

Ello no quiere decir que el legislador no pueda, luego de regular la materia en sus aspectos fundamentales, estableciendo objetivos a perseguir y regulaciones generales, entregar a la potestad reglamentaria su implementación específica o desarrollar aspectos concretos determinados por el legislador.

La reserva de ley se establece en el artículo 19, Núm. 26, especialmente para los derechos fundamentales, en lo referente a la regulación de su ejercicio o la limitación de su ejercicio en los casos que la Constitución lo autorice, a esta materia se unen otras muchas, ya que la Constitución reserva a la ley ordinaria o de *quorum* especial la regulación de, prácticamente, todos los derechos con base constitucional.

En esta materia, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de fecha dieciséis de julio de mil novecientos noventa y seis, considerando noveno, ha señalado que “es principio general y básico del derecho constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, núm. 13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden afectar el contenido esencial de tales derechos”.

De acuerdo con la sentencia antes citada, podemos sostener que el Congreso Nacional debe adoptar en todos los ámbitos básicos y, en especial, en el de los derechos constitucionales, las decisiones básicas, esenciales o importantes, lo que, a su vez, permite al Poder Ejecutivo la adopción de las decisiones que no sean básicas o esenciales, mediante reglamento.

La reserva de ley como reserva de lo esencial se transforma en último caso, en reserva de sentencia, ya que ser el Tribunal Constitucional el que determinar dicho criterio en cada hipótesis normativa.

En el derecho comparado europeo se suele distinguir entre reserva absoluta y reserva relativa de ley. La reserva absoluta de ley se concreta cuando el constituyente establece la obligación para que el órgano legislativo regule, por sí mismo, la totalidad de la materia reservada a la ley, siendo sólo posible y permisible de remitir al reglamento las disposiciones de puro detalle tendentes a la ejecución de los preceptos legales. En cambio, la reserva relativa de ley, se caracteriza por permitir que la ley pueda limitarse a establecer las normas básicas de la disciplina respectiva reservada a la ley, pudiendo remitir el resto al reglamento. Estamos en presencia de reserva absoluta de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como “sólo por ley” o “la ley regular”, etcétera; a su vez, estamos frente a una reserva relativa de ley cuando el Constituyente utiliza términos tales como “de acuerdo con la ley”, “con arreglo a la ley”, “conforme a la ley”, “en los términos que señale la ley”, etcétera.

La reserva de ley es de carácter absoluto en lo que afecta directamente a los derechos esenciales, con la única excepción del derecho de reunión, obligando a disciplinar de un modo directo la materia reservada, quedando a la fuente subordinada de carácter administrativo la sola adopción de normas de detalle y ejecución.

En el caso de reserva relativa, la ley fija las grandes directrices, lo que dice relación con el núcleo fundamental de la materia, en tal sentido, participamos de la teoría de la esencialidad, vale decir, que los aspectos básicos y esenciales de regulación de los derechos, queden en manos del legislador y que los aspectos secundarios puedan ser delegados al reglamento administrativo. Ello permite determinar la extensión material de la reserva legal y evitar la deslegalización total, como asimismo, determinar el alcance material de la regulación parlamentaria.

Ello no supera todos los problemas sino que sólo abre un camino o criterio de solución, el que necesita complementariamente, el establecimiento de una nueva relación entre ley y reglamento, la que no puede basarse sólo en el principio de jerarquía, sino que requiere también considerar el principio de competencia.

La reserva de ley ordinaria es la que otorga una competencia más amplia para que el legislador limite o configure los derechos fundamentales, aun cuando no es un poder normativo en blanco, ya que siempre debe

tener como justificación la existencia de un interés público legítimo y en ningún caso puede afectar el contenido esencial de los derechos.

El principio de reserva de ley se refuerza en el caso en que el Constituyente reserva la regulación de la materia al legislador de *quorum* especial (ley orgánica constitucional o ley de *quorum* calificado), en cuyo caso se requiere de mayor *quorum* (4/7 o mayoría absoluta, según el caso), y, por tanto, de mayor acuerdo parlamentario. En todo caso, no hay un criterio uniforme para determinar qué materias corresponden a qué tipo de legislador, ya que en materia de derechos, éstos pueden ser regulados, en general, por el legislador ordinario y en casos especiales, algunas materias se dejan al legislador orgánico y otras al legislador de *quorum* calificado. Por otra parte, en la mayoría de los órganos constitucionales, el desarrollo de su organización y atribuciones queda entregada al legislador orgánico constitucional, mientras otras regulaciones institucionales se dejan al legislador de *quorum* calificado. Cabe señalar, además, desde una perspectiva práctica y en beneficio de una mayor claridad, certeza y estabilidad del orden jurídico, que en razón de conexión temática o de sistematicidad se considera oportuno incluir junto a las materias reservadas, materias conexas limitadas cualitativamente, como lo ha admitido el Tribunal Constitucional chileno en el caso de leyes orgánicas constitucionales, donde se incluyen preceptos que exceden el ámbito estricto de la reserva cuando su contenido constituye un complemento necesario para su mejor inteligencia.

Parece necesario en un futuro próximo, realizar una reforma constitucional que racionalice las materias propias de ley orgánica y de *quorum* calificado, o si ello logra consenso, eliminar una de dichos tipos de leyes. En nuestro país existe una cantidad exagerada de tipos de preceptos legales, los cuales no se justifican racionalmente, por otra parte, debe racionalizarse el contenido, peso e importancia de una norma y la legitimación y procedimiento del órgano competente para su creación, modificación o eliminación del orden jurídico.

En todo caso, aquí opera el principio de disyunción o especialidad por materia, ya que es el único órgano legislativo existente en el Estado, que opera con distintos requisitos tratándose de una o de otra materia, a diferencia de lo que ocurre cuando hay diversos órganos legislativos que tratan materias diferentes.

La reserva de leyes con *quorum* especial se explica en nuestro ordenamiento jurídico por la conveniencia política del Constituyente de la

época, para dar mayor rigidez a ciertas materias o instituciones en una perspectiva de desconfianza al legislador democrático, permitiendo el veto de las minorías.

Esta reserva de ley se complementa con la prohibición, que efectúa el Constituyente, a los decretos con fuerza de ley establecidos en el artículo 61 de la Constitución, para que traten materias “comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de *quorum* calificado”, lo que hace que la reserva de ley se constituya en reserva de procedimiento legislativo parlamentario, lo que permite identificar un componente democrático esencial del principio de reserva legal.²¹²

La reserva de ley es una norma de competencia y una regla de rechazo. Es una norma de competencia, en el sentido de que es un enunciado jurídico que califica como jurídicos a otros enunciados. En efecto, las normas de competencia califican a determinados enunciados jurídicos como válidos. Para que éstos puedan ser considerados válidos, deben reunir como condiciones mínimas que procedan de un determinado órgano, que hayan sido creados de acuerdo a determinado procedimiento y que traten sobre una determinada materia. A su vez, la reserva de ley es una regla de rechazo, entendiendo por tal, todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio que señala que determinados enunciados no tienen carácter jurídico o no pertenecen a un cuerpo jurídico. Así, en relación a la reserva de ley, se califican como enunciados no jurídicos los que no reúnen los siguientes requisitos como mínimo: que no procedan de un determinado órgano (Congreso Nacional), que no sean creados de acuerdo a un determinado procedimiento (procedimiento legislativo, artículos 62-72 de la Constitución) y que no traten de una cierta materia (materia de ley, artículo 60 de la Constitución).²¹³

También cabe plantearse cuál es el objeto de la legislación de desarrollo de los derechos constitucionales. En nuestra opinión, lo que se desarrolla no es el derecho sino el precepto constitucional en el que el derecho se asegura, determinando sus alcances y sus límites. Así, el legislador puede

212 Villacorta Mancebo, Luis, *op. cit.*

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 633.

213 Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 141. Véase también Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, p. 165.

centrar su acción de desarrollo de los preceptos constitucionales que contienen derechos, con dos fines. El primero, estableciendo una modificación normativa no contraria a la Constitución de algunos de los elementos configuradores del derecho (titular, destinatario, objeto), lo que afecta el ejercicio del derecho, por tanto, puede hacerse cuando la Constitución lo autoriza. El segundo fin puede ser el de completar la configuración del derecho o configurarlo cuando el Constituyente no lo ha hecho, determinando su contenido o la fijación de la forma de su ejercicio, como asimismo, las garantías procesales del mismo.

De esta forma, por regla general, el estatuto de un derecho constitucional está constituido por normas constitucionales y normas legales.

Por último, cabe preguntarse qué sucede con los derechos que están garantizados constitucionalmente, sin que exista una reserva de ley que les afecte de manera especial. En tales casos, caben dos tipos de respuesta, la primera, que ellos no pueden ser limitados por el legislador, ya que así lo ha deseado el Constituyente, fortaleciendo el estatuto constitucional de tales derechos o, segunda, el legislador puede regular tales derechos aplicando justificaciones determinadas por la propia Constitución, tales como los derechos de terceros o la existencia de bienes jurídicos de rango constitucional. En esta encrucijada optamos por la segunda alternativa, la que consideramos más coherente con el sistema constitucional de derechos fundamentales y la idea que los derechos forman un sistema dentro del cual, ellos se interrelacionan y limitan recíprocamente. Finalmente, consideramos que el contenido esencial de los derechos, dado su objetivo asegurador y garantizador de todos los derechos, debe aplicarse en cualquier situación en que exista una afectación del núcleo esencial de cualquier derecho fundamental. Así, el artículo 19, núm. 26 de la Constitución chilena es aplicable a cada uno y a todos los derechos asegurados por tal precepto constitucional, están con o sin reserva de ley, ya que consideramos que lo que no puede hacer el legislador tampoco lo puede concretar la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución del presidente de la República.

Sin embargo, ninguna de las sentencias citadas establece un concepto de contenido esencial de los derechos que se desprenda del respectivo ordenamiento jurídico, ni determina los parámetros de determinación de su contenido específico, ya que ellas no precisan cuál es la parte del contenido de un derecho fundamental o esencial sin la cual éste pierde su peculiaridad a se desnaturaliza, precisar tal contenido en términos más

concretos es, por tanto, una tarea fundamental para resguardar tal contenido esencial del ataque de los poderes constituidos, como asimismo, para no desnaturalizar esta garantía general de los derechos, establecida en el artículo 19, núm. 26 de nuestra Constitución. Sin embargo, para ello es necesario ver sus orígenes y desarrollo en el derecho constitucional europeo y en la doctrina comparada, para luego llegar a algunas conclusiones al respecto.

II. LAS TEORÍAS SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL SOBRE LOS DERECHOS

Sobre el contenido esencial de los derechos hay una rica gama de posiciones teóricas, de las cuales sólo analizaremos algunas posiciones representativas de las teorías subjetivas y objetivas, como también de terceras posiciones.

1. *Teoría subjetiva o absoluta de Günter Düring*

Déring presupone un significado subjetivo del concepto de derecho fundamental. Los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. Para el autor en comento, “la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea”. Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos.

El autor señala también que la denominación de derechos fundamentales se utiliza, para designar a los derechos humanos o derechos esenciales positivados en el ordenamiento jurídico de cada Estado. Mientras que la denominación de derechos humanos, se reserva a las normas de derecho internacional que aseguran, garantizan y protegen los derechos esenciales de la persona humana.

En tal sentido, la dignidad de la persona se afecta cada vez que la persona es tratada como un medio o un objeto, protección que requiere muchas veces la sanción penal, por ejemplo, el delito de genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, la despersonalización mediante la utilización de medios técnicos o biológicos.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional alemana, “observar la dignidad humana implica una obligación de abstención por parte de los poderes públicos, que no podrán realizar actividades que perjudiquen la dignidad humana. Proteger la dignidad humana implica una acción positiva por parte de los poderes públicos, que deberán defender la dignidad humana cuando sea perjudicada” —BVerfGE 1,332(343); 15, 249 (255); 61, 126 (137)—.

La dignidad de la persona se protege con el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales.

2. *Teoría subjetiva de Ekkehart Stein*

Para E. Stein, los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente.

Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al impedirse su ejercicio, tal limitación afecta al contenido esencial y, por tanto, es inconstitucional.

Así E. Stein identifica el objeto de protección que constituye el contenido esencial del derecho, con los intereses individuales constitucionalmente protegidos.

3. *Teoría subjetiva de Ludwig Schneider*

Schneider sostiene que el concepto de derecho fundamental está conectado con el valor superior, que es la dignidad de la persona humana y, por tanto, se inscribe en el concepto de derecho subjetivo. A su vez, el recurso de amparo (protección, en el caso chileno), se integra dentro del sistema de protección de posiciones jurídicas subjetivas, garantizando los derechos de la persona.

A su vez, Schneider considera que existe una reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales y que las medidas establecidas por el legislador que determinan un trato discriminatorio es contrario a la Constitución.

Las tres concepciones, hasta aquí señaladas, consideran los derechos esenciales o fundamentales como derechos subjetivos.

Sin embargo, no toda la doctrina y la jurisprudencia se plantea en esta posición, existiendo un número significativo de autores que plantean teorías objetivas del contenido esencial de los derechos, algunas de ellas son las que se establecen a continuación.

4. *Teoría objetiva de F. Klein*

Klein desarrolla su teoría en base a argumentos sistemáticos o teleológicos. Para Klein el concepto de derecho fundamental no sólo incluye los derechos públicos subjetivos sino también las garantías institucionales, las normas principales y las reglas de interpretación de los derechos fundamentales.

Para Klein, el contenido esencial sería el núcleo o círculo interno del derecho fundamental, mientras que el contenido accidental sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental.

El contenido esencial otorga identidad al derecho, la garantía institucional de dicho contenido lo protege frente a su anulación o destrucción o de una transformación que produzca una desnaturalización sustancial de la institución.

Klein considera que un número importante de limitaciones de los derechos fundamentales no serían posibles sin que los derechos en sentido subjetivos fueran afectados en su contenido esencial. Ejemplos: penas de presidio en que se afecta el contenido esencial del derecho de libertad personal, el contenido esencial del derecho se vincula estrechamente con el principio de igualdad.

5. *Teoría objetiva de Hartmut Jackel*

Para este autor la protección de las posiciones de los derechos fundamentales de las personas se debe concretar a través de las normas jurídicas que establezcan las propias garantías de los derechos fundamenta-

les, las cuales en su concepto, son más adecuadas y efectivas que lo que establece la norma del contenido esencial de los derechos.

En efecto, el autor especifica su posición al considerar las relaciones de sujeción especial, que se plantean cuando las personas tienen un grado especial de dependencia respecto de la administración del Estado, al insertarse en una organización estatal que trae aparejada un estado de restricción de algunos derechos esenciales, como ocurre, por ejemplo, con los presos, los miembros de las Fuerzas Armadas o quienes realizan el servicio militar.

La razón de esta posición de sujeción deriva de la inserción del individuo en la estructura administrativa del Estado. Así, los que se encuentran en tal posición de sujeción especial son titulares de los derechos esenciales, pero no de su ejercicio.

Jackel sostiene que el contenido esencial de los derechos sólo sería lesionado por las relaciones de sujeción especial en dos supuestos: el primero, cuando el conjunto de personas sometidas a relaciones de sujeción especial configuran una cifra global que no permita cualificar su estatus como especial; y segundo, cuando las relaciones de sujeción especial son creadas arbitrariamente ex novo.

6. *Teoría de Eike von Hippel*

Von Hippel parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad.

Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad.

La tesis de Von Hippel requiere valorar interés en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

7. *La teoría de Peter Lerche*

A su vez, hay autores que critican las teorías subjetivas y objetivas, las primeras son criticadas por ofrecer poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador.

En esta perspectiva se sitúa Peter Lerche, para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

8. *La teoría de Konrad Hesse*

Para K. Hesse el objeto de protección del derecho fundamental es tanto el derecho subjetivo como la garantía objetiva. El autor sostiene, que en las limitaciones o configuraciones legislativas de los derechos, se debe proteger la libertad individual garantizada por el derecho, como la función social de los derechos esenciales.

Una vez analizados los principales enfoques conceptuales consideramos conveniente concretar nuestra perspectiva en la materia.

En nuestra opinión, el contenido esencial del derecho, al encontrarse los derechos esenciales o fundamentales dentro de una Constitución, hay que inferirlo del sistema coordinado del todo constitucional. Por otra parte, las diferencias entre los distintos tipos de teorías, absolutas o relativas, ofrecidas por la doctrina alemana, dejan de tener relevancia práctica ya que conducen a situaciones concretas similares. Por otra parte, en Chile, el límite absoluto del contenido esencial del derecho fundamental está dado por la dignidad humana, tal como está expresado en el artículo 10. de la Constitución. El legislador dispone de cierta posibilidad de restringir y regular el ejercicio de un derecho, en los casos que la carta fundamental autoriza, pero ella no puede nunca afectar el núcleo intangible del derecho; de forma tal que la posibilidad de restringir el ejercicio de un derecho termina donde comienza el núcleo o contenido esencial del mismo. Así, el principio de proporcionalidad, que es una exigencia que se deriva del Estado de derecho no coincide con el contenido esencial de

un derecho fundamental, como podría llegar a sostenerse desde una teoría relativa extrema, sobre el contenido esencial de los derechos, la idea de proporcionalidad en la restricción del ejercicio de los derechos existe en virtud de la prohibición general de arbitrariedad que, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional surge de los artículos 6o., 7o. y 19, núm. 2 en una interpretación sistemática y finalista. Por otra parte, consideramos que el contenido esencial del derecho preexiste a la norma constitucional, teniendo cierta autonomía respecto del poder constituyente derivado o instituido y aún más del legislador, de lo contrario, el artículo 5o., inciso 2o. nuestra carta fundamental quedaría completamente vacío de contenido, ya que no existiría un contenido esencial de los derechos fundamentales que constituyera un límite a la soberanía estatal.

El Tribunal Constitucional alemán ha dictado diversas sentencias en las que ha determinado la afectación de un derecho en su núcleo esencial, entre ellas destacamos las siguientes:

- a) El caso ELFES, donde la Corte Constitucional determinó que las leyes no deben infringir la dignidad de las personas por ser el valor supremo del ordenamiento jurídico, pero tampoco deben restringir las libertades moral, política y económica de las personas, ya que afectaría a su contenido esencial. Concluyendo que las personas tienen reservado un ámbito de configuración de su vida privada que comprendería un último reducto inafectable de la libertad humana excluido de la actuación del poder público en su conjunto —BV erf GE 6,32 (41); BV erf GE6,389 (433); BV erf GE 27,1 (6); Bv erf GE 27,344 (352)—.
- b) En sentencia sobre extracción de líquido céfalorraquídeo como medio de prueba en proceso penal, la Corte Constitucional estableció que, frente a determinadas intervenciones en la integridad corporal, aun cuando estuvieren establecidas en el cuerpo de una ley, existiría un límite absoluto cuya infracción afectaría el contenido esencial de un derecho fundamental —Bv erf GE 16, 194 (201)—.
- c) Sobre la internación de personas sin suficientes medios económicos de subsistencia en instituciones de ayuda social, se estableció que dicho internamiento de personas adultas para mejorar su calidad de vida constituía una intervención que afectaba el

contenido esencial del derecho a la libertad personal —BV erf GE 22, 180 (219-220)—.

El objetivo del artículo 19, NM. 26 no es atribuir un poder al legislador, sino limitar el que tiene atribuido por la propia Constitución, como lo hace también el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, el que establece “1o. Cuando según esta ley fundamental un derecho puede limitarse por ley o sobre la base de una ley, ser general y no valdrá para el caso particular. 2o. En ningún caso el derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. A diferencia de éstos, el artículo 53.1 de la Constitución española, establece una habilitación general al establecer que “podrá regularse el ejercicio”, sujetando, como dice Ignacio de Otto y Pardo, “a todos los derechos a una mera reserva, la de regulación de su ejercicio y al mismo tiempo, sujeta ésta al límite del contenido esencial”.

El Tribunal Constitucional colombiano, a través del voto separado del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, señala:

No puede ignorarse la diferencia que existe entre delimitación del contenido de un derecho fundamental y la función de limitación confiada a la ley estatutaria. La primera corresponde al Constituyente que la realiza al fijar su contenido y alcance. Dentro de este marco, se define la zona de la realidad y el tratamiento jurídico que a ella corresponde según la Constitución. La explicitación conceptual de la delimitación constitucional es la tarea que debe afrontar todo intérprete y, naturalmente, todo órgano público con ocasión del ejercicio de sus competencias, pues de ella depende, principalmente, la medida de la protección jurídica discernida a cada derecho y a la determinación de lo que incluye o excluye.

La segunda, en cuya virtud se incorporan con carácter constitutivos limitaciones a los derechos, se atribuye al legislador, y tiene como límite el núcleo esencial de los derechos materia de regulación. El objeto de las leyes estatutarias no puede, por tanto, ser ajeno a los derechos fundamentales, pero su ámbito no puede extenderse hasta penetrar su núcleo esencial.

Agrega al citado magistrado que:

la acepción núcleo esencial, denota la barrera última de defensa de los derechos fundamentales, pero no puede ser utilizada para perseguir su efecto contrario consistente en su relativización. No se pretende, con esta idea, confirmar toda la cultura de los derechos humanos dentro de un formato

de “contenidos mínimos”, cuando lo que se impone constitucionalmente en su desarrollo... Como se ha reconocido por la doctrina contemporánea, la doctrina del núcleo esencial, tiene naturaleza más declarativa que constitutiva, en cuanto no protege más de lo que de suyo es portador cada derecho. En realidad, se trata de un expediente hermenéutico que, de manera sintética y abreviada, activa todos los procedimientos a los que se debe apelar para contener las injerencias abusivas, desproporcionadas, excesivas o arbitrarias del legislador.

Gomes Canotilho²¹⁴ se formula dos interrogantes respecto del contenido esencial de los derechos, la primera es, si lo que se protege por la garantía del contenido esencial es el derecho subjetivo o la garantía objetiva; y la segunda, es acerca del valor de la protección.

Respondiendo la primera de las interrogantes señala que, para la teoría objetiva, la protección del núcleo esencial se refiere al derecho fundamental como norma objetiva y no como derecho subjetivo, siendo el objeto de protección del precepto una garantía general y abstracta prevista en la norma y no una posición jurídica concreta del particular; en cambio, para la teoría subjetiva, el objeto de la protección del núcleo esencial del derecho es la dimensión del derecho subjetivo del individuo.

Frente a dicho dilema, Gomes Canotilho sostiene una posición intermedia, con la cual nos sentimos identificados, en efecto, el autor comentado señala que si bien la restricción del ejercicio de los derechos tiene que tener en consideración la función de los derechos en la vida comunitaria y la necesidad de limitaciones al ejercicio de ellos por parte de los individuos, la protección del núcleo esencial no puede abandonar su dimensión subjetiva, por lo cual es necesario evitar restricciones conducentes a la eliminación o aniquilamiento de un derecho subjetivo individual (ejemplos: el derecho a la vida, en el caso de la pena de muerte; la libertad personal, en el caso de la pena de presidio perpetuo), ya que de lo contrario se vulnera el núcleo esencial y básico del derecho a la vida (artículo 19, núm. 1) o del derecho a la libertad personal (artículo 19, núm. 7), en el caso de nuestro ordenamiento constitucional chileno.

Respecto de la segunda interrogante, acerca de cuál es el valor de la protección, el autor en comentario sostiene que, por una parte, las teorías absolutas ven en el núcleo esencial un contenido normativo irrestringible,

214 Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, Portugal, Libraria Almeida, 1993, pp. 618-620.

abstractamente fijado, el que no puede ser relativizado por otro derecho situado en contraposición con el primero; mientras que, por otra parte, las teorías relativas ven en el núcleo esencial el resultado de una ponderación de bienes, la cual en una perspectiva radicalizada lleva a identificar el contenido esencial del precepto con el principio de proporcionalidad.

También en esta materia es conveniente recurrir a una teoría mixta, que considere aspectos absolutos y relativos. Aspectos relativos, ya que la propia delimitación del contenido esencial del derecho tiene que armonizarse con la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados; aspectos absolutos, ya que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional, como expresan Gomes Canotilho y Vital Moreira.²¹⁵ Así, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye el reducto último indisponible por cualquier medida legal restrictiva, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional portugués en diversas sentencias (8/84, DR II, 3/5/86; 76/85, DR II, 8/6/85; 31/87, DR II, 1/4/87).

Es conveniente contestarse otras dos preguntas, ¿es determinable el contenido esencial de los derechos?, y ¿a quién corresponde determinar dicho contenido esencial?

La primera interrogante implica desarrollar un método adecuado, el cual incluye el contenido esencial de relevancia expreso o tácito, que es el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos efectúan, en su articulado, sobre dicho contenido esencial, la determinación de los límites del contenido esencial de los derechos (que constituyen, como establece su nombre, el límite o frontera que contribuye a especificar el contenido esencial), y las limitaciones externas al contenido esencial (regulaciones complementarias que no forman parte del contenido esencial del derecho). Así, el núcleo esencial del derecho está constituido por las dos primeras categorías antes establecidas y excluye la tercera, que constituye la regulación del ejercicio de los derechos.

Respecto a la segunda interrogante planteada, en relación del órgano o institución destinado a determinar ese núcleo esencial de los derechos, nos parece que éste sólo puede ser determinado por el poder constituyente originario o instituido y por los tratados internacionales que contengan

215 *Op. cit.*, p. 632.

derechos humanos o esenciales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

No le corresponde al legislador determinar dicho núcleo o contenido esencial, ya que éste es el principal sujeto pasivo de la obligación de respeto del artículo 19, núm. 26. Tampoco a la doctrina constitucional, ya que ella carece de legitimidad constituyente, no es representativa del cuerpo político de la sociedad directa ni indirectamente, y tampoco está habilitada por la Constitución para ello; además, es necesario agregar, las diferentes perspectivas que la doctrina ha desarrollado sobre el punto, como ya hemos visto con anterioridad. Por último, es necesario preguntarse si dicha tarea corresponde también al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, en cuanto órganos jurisdiccionales encargados de ejercer jurisdicción o justicia constitucional. Consideramos que los órganos jurisdiccionales sealados no son órganos constituyentes, sino que sólo les corresponde interpretar y aplicar la normativa constitucional, dicha perspectiva se refuerza con lo establecido en el artículo 5o., inciso 2 de la Constitución, ya que ellos como órganos del Estado, están igualmente obligados junto a todos los demás, a respetar y promover los derechos fundamentales, esenciales o humanos, que están asegurados constitucionalmente o por los tratados que contengan derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes.

El Tribunal Constitucional no tiene posibilidad alguna de pronunciarse sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales, salvo cuando ellos hayan sido afectados o transgredidos por un proyecto de ley o por un decreto supremo, en especial en el primer caso, ejerce una especie de tutela general de los derechos, indicando la doctrina aplicable. No hay, en el ordenamiento jurídico chileno, mecanismo alguno para que el Tribunal Constitucional pueda controlar la aplicación de la doctrina que pueden hacer los tribunales ordinarios o especiales, en materia de derechos fundamentales.

Ya hemos analizado que los tribunales, en sus diversas instancias están obligados por el artículo 6o. de la Constitución a aplicar directamente las normas del texto fundamental, y en especial los derechos fundamentales, como lo establece el artículo 5o., inciso 2. Así, siempre que en la interpretación de un norma ordinaria se desconozca el contenido normativo de un derecho fundamental, estamos ante un atentado contra la carta fundamental. Los tribunales de justicia ordinarios y especiales están obligados a aplicar el derecho constitucional, en especial, el que emana de los

derechos fundamentales y a interpretarlo en el sentido que otorgue la mayor garantía de los derechos (principio *favor libertatis*), y teniendo presente la interpretación y aplicación hechas por las instancias internacionales, regionales o supranacionales encargadas de aplicar e interpretar los derechos humanos conforme a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile.

Sin embargo, la interpretación de las normas constitucionales, y su núcleo central, el aseguramiento, garantía y promoción de los derechos fundamentales, difiere bastante de la interpretación de las leyes ordinarias, lo que requiere de principios, técnicas y actitudes que, como sostiene Mauro Cappelletti, son “difícilmente compatibles con la tradicional debilidad y timidez del juez de modelo continental”.²¹⁶

El manejo de la fuente constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes aparece poco en los operadores jurídicos, son pocos los tribunales nacionales que manejan con soltura dichas fuentes, y mucho más difícil aún, es que manejen la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, intérpretes y aplicadores últimos del derecho de los derechos humanos a nivel mundial o regional.

Ello se debe a que parte importante de los jueces no han sido formados en la protección de los derechos fundamentales y en la aplicación directa de la Constitución, no habiendo aún tiempo suficiente para que los nuevos académicos del ámbito del derecho público, hayan formado a los nuevos jueces en la materia. Se trata de un problema de formación de operadores jurídicos en la nueva dimensión del derecho constitucional de los derechos humanos, que recién comienza a desarrollarse en el país, y en lo cual, le corresponderá un rol importante a la Escuela Judicial recientemente creada en nuestro país. Pasar algún tiempo todavía para que los jueces y abogados formados en la nueva disciplina adquieran progresivamente el acto reflejo primero de invocar directamente la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos y luego las leyes dictadas en conformidad con ellos.

Pero el problema no es sólo de carácter normológico (de norma positiva, interpretación y aplicación), es también un problema de cultura

²¹⁶ Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 603.

general de los derechos fundamentales y de práctica sociológica de ellos. Cuanto mayor sea esta cultura general más permitir que los valores y derechos fundamentales reconocidos por la carta fundamental, penetren profundamente en la cultura de los operadores jurídicos (abogados y jueces), mayor ser la difusión en todos los niveles jurisdiccionales de la tutela de los derechos humanos.

Algunas acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales: la acción de amparo o protección y la acción de habeas corpus

En el ámbito latinoamericano se han desarrollado diversas acciones protectoras de derechos fundamentales entre las que sobresalen las acciones de amparo, protección o tutela y la acción de *habeas corpus*.

En el caso de la acción de amparo de derechos es conveniente señalar que en los casos de Costa Rica Venezuela protegen también los derechos asegurados por los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución venezolana agrega los derechos implícitos.

En efecto, la nueva Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 27, párrafo primero, especifica que “toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Por otra parte, si bien no está establecido en su texto constitucional, vale la pena destacar la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, la cual establece que el objetivo de la jurisdicción constitucional es también “garantizar los principios y normas del derecho internacional y comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación”, como señala Hernández Valle.²¹⁷

En efecto, el artículo 2o., inciso a), de la ley señalada, dispone que corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional “garantizar, mediante los recursos de *habeas corpus* y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica”.

217 Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 10.

III. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN (AMPARO O TUTELA)

Una de las acciones más importantes, protectora de derechos fundamentales es la acción de protección establecida en el artículo 20 de la Constitución, equiparable a la acción de amparo o tutela en el derecho comparado latinoamericano.

El factor que hace procedente la acción de protección es la existencia de acto u omisión arbitraria o ilegal que produzca privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de un derecho de los señalados expresamente en el artículo 20 de la Constitución Chilena.

Previamente al análisis del recurso de protección en Chile, pasaremos revista en forma cronológica al origen y desarrollo del recurso de amparo en el contexto latinoamericano (México (1917), Venezuela (1961), Brasil (1988), Perú (1993) y Argentina (reforma de 1994).

1. *El origen de la acción de amparo en el derecho mexicano*

Es la nación histórica, original, del derecho de amparo mexicano, como instrumento procesal específico para la persona humana, la que ha tenido una amplia difusión internacional, tanto en los ordenamientos internos de muchos países (Argentina, Bolivia, Costa Rica, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, a los cuales deben agregarse instrumentos similares como el mandado de segurança y de injeção brasileiro, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiano), como asimismo en los instrumentos internacionales, artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, artículo 2o., inciso 3, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 25).

La primera versión del amparo mexicano nace en la Constitución del Estado de Yucatán de 1941, en base al proyecto elaborado por Manuel Crescencia Rejón. En el ámbito nacional mexicano, el amparo aparece en el Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847, que se inspiró en el proyecto elaborado por el jurista mexicano Mariano Otero; luego fue incorporada en el Congreso Constituyente de 1856-1857, auto 101-102 de la Constitución de febrero de 1857, a partir de la cual se perfeccionó la acción de amparo, aceptándose incluso, de acuerdo a una interpretación

constitucional del artículo 14 de la Constitución, respecto de sentencias judiciales. La Constitución vigente mexicana configura la acción de amparo, inicialmente en los artículos 103 y 107, produciendo a través de las leyes reglamentarias de 1919 y de 1936, un gran atochamiento en la Corte Suprema de juicios de amparo, Ello llevó a la reforma constitucional y reglamentaria de 1951 y 1968, creando los tribunales colegiados de circuito que con el objeto de auxiliar a la Corte Suprema en el conocimiento de los juicios de amparo, a su vez, la segunda reforma, distribuyó los juicios de amparo entre los tribunales colegiados de circuito y la Corte Suprema.

A. Estructura de la acción de amparo

El amparo mexicano tiene una estructura muy compleja, abarcando cinco funciones diversas, ya que como señala Fix-Zamudio, “puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencia judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria”.²¹⁸

B. El ejercicio de la acción y sus características

El ejercicio de la acción de amparo presenta como características básicas, que puede hacerse valer en cualquier tiempo, no tiene plazo preclusivo, inclusive puede formularse a cualquier hora d el día o de la noche; la demanda de amparo puede plantearse oralmente, en casos urgentes, incluso por telégrafo, debiendo luego ser ratificada por escrito dentro de los tres días siguientes; puede ser presentada ante el juez federal de distrito, ante un juez local de primera instancia, o en su defecto, ante cualquier funcionario judicial del lugar en el que se pretende ejecutar el acto que se reclama. El amparo mexicano se caracteriza por los principios de validez, concentración, economía procesal y doble instancia.

²¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 30 y 31.

C. *La tramitación del amparo*

Una vez efectuado el análisis sobre admisión de la demanda, después de un examen *in limine*, el propio juez federal solicita informe a las autoridades demandadas, las que deben rendirlo dentro de un plazo de cinco días, que puede ser ampliado hasta por otros cinco días, acompañando los documentos justificativos de su actuación de omisión. Dicho informe tiene todos los efectos de la contestación de la demanda en el proceso ordinario, ya que su ausencia determina que se tengan por ciertos, los actos que se reclaman, y además la imposición de una multa, dándose traslado al tercer interesado, si lo hay.²¹⁹

A su vez, en el mismo proveído por el cual se admite la demanda, se fija la fecha para la celebración de una audiencia pública, en un plazo no superior de treinta días, audiencia en la cual luego de recibirse las pruebas, se formulan los alegatos (generalmente presentados por escrito), y si corresponde, el dictamen del Ministerio Público Federal, después de lo cual debe dictarse la sentencia correspondiente.

D. *La sentencia*

La sentencia que se pronuncia en el juicio otorga el amparo, puede denegarlo o sobreseer el juicio.

Así hay sentencias declarativas de condena.

Además, el juez desde 1986 opera con la institución *iura novit curia*, en todas la materias, debiendo el juez conocer y aplicar el derecho, aun cuando las partes no lo invoquen correctamente, operando hacia una suplicencia de queja.

A su vez, las autoridades reticentes a ejecutar los fallos o repetido de los actos sancionados, el juez de oficio o a petición de parte, debe enviar el expediente al Tribunal en pleno de la Corte Suprema de Justicia, la cual luego de estudiar el caso, y una vez de comprobada la infracción de la autoridad, esta última debe ser destituida y debe enfrentar un juicio penal.

219 Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 28a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 883-1991.

E. La apelación y revisión de la sentencia de primera instancia y reclamación

En segunda instancia, el tribunal que conoce la materia es la Corte Suprema de Justicia o los tribunales colegiados de circuitos, cuya presidencia determina la admisión y regularidad de la apelación, teniendo las partes luego un plazo de diez días, transcurrido este plazo se envía el expediente al Ministerio Público Federal para que emita su dictamen en caso pertinente, luego de lo cual un Ministro redacta el proyecto de sentencia, distribuyéndolo entre los demás ministros de la Sala o Tribunal Pleno, en su caso, citándose a una audiencia pública para su discusión y voto, si ella no es aprobada, se designa a un ministro del criterio mayoritario, para la redacción de la sentencia, permitiendo, en todo caso, que los ministros disidentes formulen sus opiniones en votos particulares.

El recurso de reclamación procede contra las resoluciones de trámite del presidente de la Corte Suprema de Justicia o de los tribunales colegiados de circuito, ante el Tribunal en Pleno, la Sala o el mismo Tribunal que deba conocer el asunto en cuanto al fondo.

F. La posible suspensión de los actos reclamados

En el juicio de amparo mexicano existe la institución llamada “suspensión de los actos reclamados”, la cual se ha ido perfeccionando por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales colegiados de circuito y aceptadas por el legislador para perfeccionar la institución de acuerdo con los principios de la medidas cautelares, las cuales se dividen en dos grandes grupos:

La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo de doble instancia, que corresponde su conocimiento en primera instancia a los jueces de distrito, y en caso de apelación, a los tribunales colegiados de circuito de segunda instancia.

Estas medidas precautorias se clasifican en dos sectores:

- a) La suspensión de oficio, que es aquella que otorga el juez federal de distrito sin audiencia a la autoridad o al tercer interesado, cuando en la demanda se establece como actos reclamados aquellos que pongan en peligro la vida de las personas, las deportaciones o destierros, los actos prohibidos por la Constitución en

su artículo 22, los que pueden quedar consumados de manera irreparable, o se trata de reclamos de actos que afecten derechos colectivos de campesinos afectados al proceso de reforma agraria (artículos 123 y 233 de la Ley de Amparo), medida que puede comunicarse telegráficamente a las autoridades que no residen en el lugar, del juez federal respectivo.

- b) Las medidas que se otorgan sólo a solicitud de la parte afectada, otorgándose después de un procedimiento incidental, en el cual comparecen las autoridades denominadas y los terceros interesados, en caso de que estos existan, se les solicita un informe sobre la existencia de los actos impugnados y la procedencia de la medida solicitada, y sólo después de dicha audiencia en la que, además, se rinden las pruebas y se formulan los alegatos, el juez federal decide sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada.

En todo caso, la medida precautoria no puede otorgarse cuando ella cause perjuicio al interés social o se contravengan deposiciones de orden público. A su vez, si ella produce o puede producir daños a terceros, el reclamante debe constituir una garantía que permita resaciarlos en el caso de que no se obtenga una sentencia favorable y, a su vez, cuando se trate de cuestiones patrimoniales, los terceros pueden otorgar una contragarantía con el objeto de que se ejecuten los actos reclamados y pueden responder de los daños, que con esa ejecución se causen al peticionario del amparo, como la determinan los artículos 125-127 de la Ley de Amparo, montos que son fijados por el juez federal de distrito.

G. *Naturaleza del amparo mexicano*

A través de su desarrollo, la doctrina ha calificado de diversas formas el amparo, algunos lo han calificado como interdicto para recuperar el goce de los derechos fundamentales, otros lo han calificado de cuasi proceso,²²⁰ unos terceros consideran que es un proceso en todos sus aspectos, otra perspectiva lo considera un proceso autónomo de impugnación,²²¹ otros los consideraron como un medio de control constitucional,²²² final-

220 Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos...*, op. cit., p. 85.

221 Valenzuela, Arturo, *La norma procesal del amparo*, México, Marelia, 1960, 9. 23.

222 Castillo Larrañaga, José y Piña, Rafael, *Instituciones de derecho procesal civil*, 4a. ed., México, 1958, p. 309.

mente Emilio Rabasa ha señalado la naturaleza procesal del amparo, señalando que tiene un doble aspecto de proceso constitucional autónomo y de recurso extraordinario, lo cual es compartido también por Fix-Zamudio.²²³

Se trata de un proceso autónomo, ya que se inicia con una demanda, de la cual se da traslado a las autoridades correspondientes responsables y a los terceros perjudicados, las autoridades tienen la obligación de rendir un informe justificado que constituye una contestación a la demanda, su ausencia produce los mismos efectos que la rebeldía del demandado en el proceso común, la presunción de que son verdaderos los actos que se le imputan. En el caso de presentarse el informe justificado, queda fijada la materia de la controversia, salvo casos excepcionales. La primera instancia se concentra en una audiencia de pruebas, alegatos y sentencias, siendo impugnables esta última ante la Corte Suprema o los tribunales colegiados de circuito a través del recurso de revisión que constituye una auténtica apelación.

A su vez, tiene similitud con el recurso extraordinario, ya que configuran recursos extraordinarios de anulación siendo los vicios impugnables: errores in indicando o errores in procedendo.

2. *El amparo en Venezuela*

Como señala Fix-Zamudio, la Constitución de 1961, al incorporar el derecho de amparo “consagró definitivamente el derecho de amparo como instrumento procesal para proteger todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente”, lo que ha sido “uno de los aciertos más destacados de la avanzada carta fundamental de 1961”.

La Constitución venezolana de 1961 en su artículo 49 establecía:

Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento ser breve y sumario y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

223 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos...*, op. cit., p. 126.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 27, determina:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún en aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier asunto.

A. *Naturaleza y características de la acción de amparo*

Como establecen Brewer Carias y Ayala, la Constitución de Venezuela no consagró solamente una acción de amparo con el objeto de garantizar los derechos constitucionales, sino que estableció “un derecho fundamental al amparo” con la “obligación para todos los tribunales de amparar a los habitantes de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, o que sin estar enumerados en el texto, sean inherentes a la persona humana”.²²⁴

Hasta 1997, el derecho y acción de amparo no habían sido regulados por una ley, sino sólo por la aplicación que habían hecho de la acción los tribunales de primera instancia, la Corte Primera de lo contencioso administrativo y las salas de la Corte Suprema.²²⁵

Lo específico de esta acción procesal constitucional está dado por el procedimiento “beve y sumario” lo que lo distingue claramente de otros medios procesales. Por otra parte, la disposición constitucional del artículo 196, afirma la existencia de una jurisdicción de amparo al establecer el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. A su vez, el objeto del amparo es “restablecer

224 Brewer-Carias, Alan, R. y Ayala Carao, Carlos M., *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 11.

225 Véase Instituto de Estudios Jurídicos del Estado de Lara, 2 ts. Bearquisimeto, Caracas, 1987. Linares Benzo, Gustavo, *El proceso de amparo en Venezuela, Caracas*, Editorial Jurídica Venezolana, 1993. Rondon de Sansó, Hildegard, *Amparo constitucional*, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1988, pp. 51 y ss.

inmediatamente la situación jurídica infringida. El amparo se distingue de otros instrumentos procesales porque la norma que establece la acción y la obligación de los jueces es directamente constitucional, por la necesidad de inmediatez en el cumplimiento de su objetivo y las características del proceso que debe ser breve y sumario, características que son todas de carácter copulativo, lo cual establece una jurisdicción de amparo, con características propias y diferentes de todos los demás.

B. Los jueces competentes en materia de amparo

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, precisa en su título tercero, el tema de la competencia judicial respectiva, conforme a tres criterios básicos: la materia (la que debe ser afín con la naturaleza del derecho o garantía constitucional vulnerada); el territorio (jurisdicción del lugar donde ocurrió el hecho, acto u omisión); y el grado (tribunales de primera instancia).

C. El criterio central es la materia para la determinación de la competencia de amparo

La Ley Orgánica de Amparo, antes señalada, vigente desde 1988 y de cumplimiento obligatorio, determinó la competencia en base al grado (primera instancia) y la materia (judicatura afín con el derecho constitucional violado), y el territorio (dónde ocurrió el hecho, acto u omisión); como lo señala expresamente el artículo 7o. de la Ley, retornando la jurisprudencia dominante:

son competentes para conocer la acción de amparo, los tribunales de primera instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o la garantía constitucionales violadas o amenazadas de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

Agrega dicho artículo 7o. que “en caso de duda se observarán en lo pertinente las normas sobre competencia en razón de la materia”.

D. Legitimación activa en la acción de amparo

Como señala el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo: “la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta ante el juez competente

por cualquier persona natural o jurídica, por representación o directamente, quedando a salvo las atribuciones del Ministerio Público y de los procuradores de menores, agrarios y del trabajo, si fuere el caso”.

Respecto del Ministerio Público, la ley no agrega ninguna atribución nueva, fuera de lo que la había otorgado el artículo 42, ordinal 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: “intervenir en los procesos de amparo”.²²⁶ En efecto, de acuerdo a dichas normas los fiscales públicos pueden actuar en los procesos de amparo como partes formales de buena fe, en procura del respeto de los derechos y garantías constitucionales conculcados, una vez que el juez participe al Ministerio Público de la apertura del procedimiento, como lo establece el artículo 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, de forma tal que queda claro que éste no tiene legitimación activa en los procesos de amparo.

E. Las partes en el proceso de amparo

Por regla general, parte es el sujeto activo o pasivo de la pretensión que se hace valer en la demanda judicial. En el proceso de amparo, tanto la doctrina, la jurisprudencia y la Ley Orgánica de Amparo, dictada en 1988, sostiene que ésta sea con presencia de las partes, la ley misma utiliza dicho concepto en los artículos: 21: “En la acción de amparo los jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes y cuando el agravante sea una autoridad pública quedarán excludidos del procedimiento los privilegios procesales”; 25: “Quedan excluidas del procedimiento constitucional del amparo todas las formas de arreglo entre las partes...”; 26: “El juez que conozca del amparo, fijar dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación del informe por el presunto agravante o de la extinción del término correspondiente, la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos”. Tal perspectiva lleva a sostener que el proceso de amparo es de carácter bilateral y no unilateral como se sostiene, generalmente, por la doctrina y jurisprudencia chilena.

226 Véase Ayala Carao, Carlos, “La acción de amparo constitucional en Venezuela”, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 133-136.

F. *El sujeto activo de la pretensión*

El artículo 196 sostiene que “los tribunales ampararán a toda persona, siendo ella toda persona natural o jurídica que sea lesionada en sus derechos. A su vez, la ley orgánica de amparo recoge esta perspectiva, señalando en su artículo 1o., que podrá solicitar amparo “toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta”.

G. *El sujeto pasivo de la pretensión*

El artículo 2o. de la Ley Orgánica de Amparo establece que:

la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley.

Se entender como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente.

Los artículos 3o., 4o. y 5o. de la Ley Orgánica de Amparo establecen, sucesivamente, la acción de amparo contra normas, la acción de amparo contra decisiones judiciales y la acción de amparo contra actos administrativos, vías de hecho y conductas omisivas de la administración.

En el caso de la acción de amparo contra normas procede cuando se viola o amenace la violación a la Constitución, a través de una norma jurídica infraconstitucional, permitiendo al juez inaplicar la norma impugnada, el cual también deberá informar de su decisión a la Corte Suprema de Justicia, lo que, en la práctica, constituye una jurisdicción constitucional difusa en materia de normas jurídicas.

La acción de amparo contra decisiones judiciales opera, cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicta una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En tal caso la acción debe interponerse ante el tribunal superior, al que emitió dicho pronunciamiento, quien debe decidir en forma breve, sumaria y efectiva.

La acción de amparo procede también contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones, u omisiones que vio-

len o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal local, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.

H. *Los derechos tutelados por el amparo*

El artículo 196 de la Constitución de Venezuela establece la tutela de la acción de amparo a los derechos y garantías que la Constitución establece incluyendo aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

I. *La acción de amparo sólo protege las lesiones a los derechos que sean reparables*

El artículo 6o., numeral 3) de la Ley Orgánica de Amparo, establece que la acción de amparo no puede admitirse “cuando la violación del derecho o de las garantías constitucionales constituye una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida”, agregando que se “entender que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no puedan volver las cosas al estado que tenían antes de la violación”.

En tales casos la acción de amparo debe declararse inadmisibile o rechazarse, lo que es lógico cuando la acción no puede alcanzar su finalidad que es el restablecimiento del derecho a la situación anterior a su violación.

J. *La acción de amparo es una acción extraordinaria y en principio, subsidiaria*

Ello queda claro de las exigencias para la administrabilidad de la acción, que son los siguientes: a) que no exista otro medio procesal; b) que no exista otro medio capaz de reparar los posibles daños a un derecho constitucional; c) que no exista otro medio que posea operatividad inmediata, como lo ha exigido la jurisprudencia.²²⁷

A su vez, la Ley Orgánica de Amparo, en su artículo 6o. establece, las causales de la inadmisibilidad del amparo:

227 Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de febrero de 1986; *ibidem*, del 7 de julio de 1987.

1) Cuando haya cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarle.

2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales no sea inmediata, posible y realizable por el imputado.

3) Cuando la violación del derecho o la garantía constitucionales, constituya una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Se entenderá que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no pueden volver las cosas al estado que tenían antes de su violación.

4) Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho a las garantías constitucionales hayan sido consentidos, expreso o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infringen el orden público o las buenas costumbres.

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.

6) Cuando se trata de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia.

7) En caso de suspensión de derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 241 de la Constitución, salvo que el acto que se impugne no tenga relación con la especificación del decreto de suspensión de los mismos.

8) Cuando esté pendiente de decisión una acción de amparo ejercitada ante un Tribunal en relación con los mismos hechos en que se hubiese fundamentado la acción propuesta.

Así puede sostenerse, que el amparo puede utilizarse cuando existen violaciones a los derechos fundamentales sin que ningún otro medio ofrezca protección, cuando los demás medios sean incapaces de evitar daños irreparables al derecho fundamental afectado, o cuando circunstancias excepcionales hacen necesario el inmediato restablecimiento del derecho.

K. *Contenido de la solicitud de amparo*

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo establece los siguientes contenidos de la solicitud:

1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúa en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido.

- 2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agravante.
- 3) Suficiente señalamiento e identificación del agravante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización.
- 4) Señalamiento del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación.
- 5) Descripción narrativa del hecho, acto u omisión y demás circunstancias que motivaron la solicitud de amparo.
- 6) Y, cualquiera explicación complementaria relacionada con la siguiente situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.

Esta solicitud o demanda de amparo debe formularse en principio por escrito, aunque la ley (artículo 16) permite hacerlo oralmente reduciéndose a un acta, también se permite la vía telefónica en cuyo caso debe ser ratificada por el agraviado o su representante dentro de los tres días siguientes.

En el caso de que la solicitud del agraviado no llenare los requisitos antes señalados o sea confusa, se notificar al solicitante para que corrija los defectos u omisiones dentro del plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la respectiva notificación, si no lo hiciera la solicitud será declarada inadmisibile, así lo dispone el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo.

L. El desarrollo procesal del amparo

El tribunal que conoce de la solicitud de amparo tiene potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que lo preceda.

En este caso el nombramiento de amparo deber ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación.

A su vez, como ya habíamos anticipado en la acción de amparo los jueces deben mantener una absoluta igualdad entre las partes.

En el caso de que el juez no optara por el restablecimiento inmediato de la situación jurídica puede adoptar medidas cautelares, necesarias para asegurar un estado de cosas que permita ejecutar la sentencia, a su vez deber ordenar al sujeto pasivo del amparo, que en el término de cuarenta y ocho horas, contadas desde la respectiva notificación, informe al tribu-

nal sobre la pretendida violación o amenazada que le hubiere motivado la solicitud de amparo. Si dicho informe no es emitido se entenderá como aceptación de los hechos incriminados. Este informe es una especie de contestación de la demanda de amparo, por la naturaleza bilateral del proceso de amparo.

Dicho informe debe contener una relación suscita y breve de las pruebas en las cuales el presunto agraviante, pretenda fundamentar su defensa, sin perjuicio de la potestad evolutiva conferida al juez competente.

El agraviado puede desistirse de la acción de amparo, salvo el caso de que el derecho de orden público o que pueda efectuar las buenas costumbres.

El juez que conozca del amparo en primera instancia, fijará dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación del informe por el presunto agravamiento o de la extinción del término correspondiente, la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos, que ya han sido fijados en la solicitud y en el informe respectivamente.

Concretado dicho acto, el juez dispone de un término improrrogable de veinticuatro horas para decidir la solicitud de amparo constitucional.

M. *La sentencia*

El juez que determine el restablecimiento de la situación jurídica infringida ordenará, en la parte dispositiva de la sentencia, que el mandamiento sea acatado por todas las autoridades de la República, so pena en incurrir en desobediencia a la autoridad.

Por otra parte, cuando la acción de amparo se ejerciere con fundamento en violación de un derecho fundamental, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenar la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.

La Ley Orgánica de amparo, en su artículo 31, establece que “quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez, ser castigado con prisión de seis a quince meses”.

En contenido de la sentencia está precisado en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo; según el cual se debe cumplir las siguientes exigencias formales:

- a) Mención concreta de la autoridad, ente privado o persona contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo.
- b) Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución.
- c) Plazo para cumplir lo resuelto.

Por último, en el caso que se trate de quejas contra particulares, se impondrá las costas al vencido, quedando a salvo las acciones a que pudiere haber lugar.

N. *La posibilidad de apelación*

Dictado el fallo, la partes tienen tres días para apelar (artículo 35 de la Ley). Se haya o no recurrido contra la sentencia, ésta se consulta al superior jerárquico, el cual tiene treinta días para decidir, ya sea la consulta o la apelación, contados desde la recepción de las copias que se le remitan de acuerdo al artículo 295 del Código de Procedimiento Civil. Respecto del plazo que tiene el Tribunal de segunda instancia para resolver, no hay coherencia con la perspectiva de proceso breve y sumario, ni con la celeridad que se señala como característica del proceso de amparo, aunque sean días continuos.

La ley no contempla el recurso de casación y la jurisprudencia ha rechazado reiteradamente tal posibilidad, considerando que el amparo no es un juicio civil, mercantil o del trabajo, como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

O. *La naturaleza de la sentencia y sus efectos*

La sentencia de amparo definitiva “produce cosa juzgada formal”, a reserva, como señala Carlos Ayala, “de que el fondo de la relación material, sea devalido por los medios ordinarios”, agregando que:

la naturaleza de cosa juzgada formal de la sentencia de amparo viene dada entonces, por las siguientes características del proceso de amparo: 1) la materia de amparo limita el conocimiento del juez a la lesión del derecho, para decretar el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida; 2) el proceso de amparo es limitado, en virtud de su naturaleza breve

y sumaria, y 3) la decisión únicamente tiene efectos relativos, particulares y concretos.²²⁸

Tal perspectiva está recogida en la misma Ley Orgánica de Amparo, en su artículo 36, que señala que la sentencia firme de amparo sólo “producir efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objeto del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente corresponden a las partes”.

3. *El mandamiento de injunción brasileiro*

En Brasil se ha desarrollado una institución similar al amparo, pero se diferencia de éste por algunas características, tal institución se recoge en la Constitución de 1988, en su artículo 5o., LXXI, de la siguiente forma: “Concédase mandamiento de injunción (mandado de injunção), siempre que la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la soberanía”.

Este mandamiento de injunción, la Constitución de 1988 lo reconoce a todas las personas.

Este mandamiento de seguridad, de acuerdo al artículo 102, I, q, de la Constitución establece al Supremo Tribunal Federal como órgano destinado a procesar y juzgar originariamente, el mandamiento de seguridad, cuando la elaboración de la norma reguladora fuera de atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado federal, de las mesas de una de las Cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores o del propio Tribunal Supremo Federal.

A su vez, el artículo 102, II, a), establece que compete al Supremo Tribunal Federal juzgar, en recurso ordinario, el mandamiento de injunción decidido en única instancia por los tribunales superiores, cuando fue una decisión denegatoria.

También, el artículo 105, I, h), señala que compete al Supremo Tribunal de Justicia, procesar y juzgar, originariamente, “el mandamiento de injunción, cuando la elaboración de la norma reguladora fuera atribución del órgano, entidad o autoridad federal, de administración directa o

228 Ayala Corao, Carlos, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal o de los órganos de justicia militar, de la justicia electora, de la justicia del trabajo o de la justicia federal.²²⁹

A. *Naturaleza y objetivo del mandamiento de seguridad*

La Constitución brasilera de 1988 establece el mandamiento de injunción como una acción constitucional judicial que tiene por objeto asegurar el ejercicio de cualquier derecho otorgado por la Constitución (individual, colectivo, político, económico o social) y de las libertades constitucionales no reglamentadas, como asimismo, las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.²³⁰

Sin embargo, hay autores brasileros que señalan que los derechos protegidos por el mandamiento de injunción, no incluyen los derechos económicos, sociales y culturales, interpretación que no tiene sustento constitucional en el artículo 5o., LXXI, que establece que el mandamiento de injunción se concederá siempre que, a falta de norma reglamentaria se torne inviable el ejercicio de los derechos constitucionales, sin que la norma constitucional los restrinja a categorías restrictivas.²³¹

La limitación real del mandato de injunción se va a dar, por el hecho de que sólo tiene operatividad en el caso de la falta de norma reglamentaria que haga inviable los respectivos derechos; por lo tanto, cuando hay desarrollo legal no es viable la acción de mandamiento de seguridad, cuyo campo quedar cada vez más restringido a los derechos económicos, sociales y culturales.

B. *El concepto de mandamiento de injunción*

La acción de mandamiento de injunción es un remedio constitucional, con naturaleza de acción judicial civil que tiene por finalidad conferir una inmediata y completa aplicabilidad, en favor del sujeto activo, de la norma constitucional portadora de derechos, libertades y prerrogativas,

229 Véase Silva, José Afonso da, *Mandado de injunção e habeas data*, Sao Paulo, Editora Revista des Tribunais, 1989, pp. 18 y 19.

230 *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

231 En esta perspectiva véase Gonçalves Ferreira Filho, Manuel, "Notas sobre el mandato de *injunção*", *Repertorio IOB de jurisprudencia*, octubre de 1988, p. 29.

cuyo ejercicio sea inviable de otro modo, en virtud de ausencia de reglamentación adecuada.

C. El proceso del mandamiento de injunción

El mandamiento de injunción no está regulado de modo específico por el derecho objetivo, ya que el derecho, libertad o prerrogativa que se pretende hacer valer, a través de esta acción constitucional es aquella cuyo ejercicio carece de norma reglamentaria, fundamentándose en normas constitucionales que confieren el derecho, libertad o prerrogativa objeto de interpretación. La imputación se caracteriza por el hecho de que la carta fundamental Brasileira prevé derechos, libertades y prerrogativas que dependen de reglamentación, cuya inexistencia inviabiliza el ejercicio del derecho.

Así, el mandamiento de injunción revela el conflicto de intereses calificado por la pretensión del agraviado y por la resistencia del sujeto pasivo o agravante, la que ser solucionada por la sentencia que se dictar en el respectivo proceso.

De esta forma, la interpretación que concreta el agravamiento o sujeto activo del mandamiento de injunción es siempre de derecho público, porque se funda en normas constitucionales, las que sólo podrán ser satisfechas por el poder público, en todo caso, hay algunas situaciones en que la pretensión ser de derecho privado, cuando el sujeto pasivo sea un particular. Así, la relación procesal depender de la naturaleza de la pretensión y del sujeto pasivo u obligado a cumplir o satisfacer el derecho pretendido.

D. Las partes en el proceso de mandamiento de injunción

La parte activa o agraviada, es el titular del derecho a la acción de mandamiento de injunción, el cual debe tener un interés directo y personal del derecho, libertad o prerrogativas cuyo ejercicio a falta de norma reguladora, se encuentra inviolabilizado. A su vez, puede producirse una *litis consorcio* activo facultativo, cuando más de un sujeto activo o agraviado tenga los mismos derechos, libertades o prerrogativas y accionaren, sobre el mismo fundamento, contra el mismo sujeto pasivo. Por último, se admite también la institución de la representación asociativa de los

interesados mediante la impetración del mandamiento de seguridad, por una entidad asociativa en defensa de los derechos de sus afiliados.

El sujeto o parte pasiva es la persona o institución contra quien se impetra el mandamiento de seguridad, siendo aquella que tiene la obligación de prestar al derecho, libertad o prerrogativa que pretenda el sujeto activo, siendo personas naturales o personas jurídicas de derecho público o privado.

E. El procedimiento del mandamiento de injunción

La Constitución brasilera de 1988, no establece un procedimiento del mandamiento de injunción, siendo necesario aplicar por analogía la regulación del mandamiento de seguridad, mientras no se dicte una ley reguladora de la materia.

F. La imprescriptibilidad de la acción

El derecho subjetivo a impetrar el mandamiento de injunción es imprescriptible, por la simple razón de que el ejercicio de los derechos, libertades y prerrogativas objeto de ese remedio jurisdiccional son también imprescriptibles.

G. Competencia de los tribunales

El artículo 102 declara, competir al Supremo Tribunal Federal:

I. procesar y juzgar, originalmente:

q) el mandamiento de injunción, cuando la elaboración de la norma reglamentadora por atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, la Cámara de Diputados, del Senado federal, de los mesas de una de las Cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores, o del propio Tribunal Supremo Federal.

II. Juzgar, en recursos ordinarios:

a) El mandamiento de injunción, decididos en única instancia por los tribunales superiores, siendo denegatoria la decisión.

A su vez, el artículo 105 de la Constitución establece que compete al Tribunal Superior de Justicia:

I) procesar y juzgar, ordinariamente:

h) El mandamiento de injunción, cuando la elaboración de la norma reglamentadora fuere atribución del órgano, entidad o autoridad federal, de administración directa e indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de justicia militar, de justicia electora, de justicia del trabajo y de justicia federal.

La institución del mandamiento de injunción amplía el ámbito de la actividad jurisdiccional, ya que por ella, la Constitución autoriza al juez a decidir por equidad, lo que significa determinar que ella aplique la norma que el juez establecería si fuere legislador, no dictando normas generales, sino sólo explicitar el derecho para el caso concreto.

H. *La sentencia del mandamiento de injunción*

Tratándose de un juicio de equidad en que el juez decide, creando una norma tal como si fuere legislador, cuya sentencia fundada en equidad innova para el caso concreto, pudiendo ser así una sentencia constitutiva, ya que tiene por efecto constituir, modificar o extinguir una relación o situación jurídica; por otra parte, puede ser una sentencia condenatoria, porque la concretización del derecho puede hacerse imponiendo a otro su realización en beneficio del agraviado. Por otra parte, si el derecho ya está contenido en la Constitución y el tribunal se limita a declararlo sería una sentencia declaratoria, pero meramente declarativa no lo son, ya que el juez formula una de las diferentes posibilidades para tornar viable el ejercicio del derecho, dándole una formulación y un sentido concreto, más aún si se admite que la función jurisdiccional tiene siempre dimensiones creadoras.²³²

I. *Cosa juzgada y sentencia*

La cosa juzgada es la eficacia que determina la inmutabilidad de la sentencia, habiéndose agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios posibles. Como tal, el proceso de mandamiento de injunción, es un juicio que tiene como efecto su sentencia, la cosa juzgada.

El mandamiento de injunción, en los casos de sentencias condenatorias con efecto mandamental, imponen al poder público la prestación de de-

232 Silva, José Ofonso da, *op. cit.*, p. 47.

rechos u ordena a la autoridad, respectiva competente, cumplirlo, siendo ejecutado a través de medidas específicas destinadas a efectivizar el derecho reconocido bajo responsabilidad penal del agente reticente.

Así, en cada caso, el Tribunal encontrar la fórmula para hacer cumplir la sentencia favorable al sujeto activo o impetuoso.

4. *El mandamiento de seguridad brasilero*

En Brasil se ha desarrollado una institución procesal similar al amparo pero con algunas diferencias.

Su primera configuración constitucional viene de la Carta de 1934, el texto actualmente vigente que es la Constitución de 1988, señala en su artículo 5o., inciso LXIX que: “se concederá mandamiento de seguridad para proteger derecho líquido y cierto no tutelado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder fueren autoridades públicas o agentes de personas jurídicas en ejercicio del poder público”.

A su vez, el artículo 51, inciso LXX de la carta fundamental señala que el mandamiento de seguridad colectivo puede ser interpuesto por “a) partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, b) organizaciones sindicales; entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados”.

En principio el mandamiento de seguridad, tanto en su derecho doctrinal o jurisprudencial, ha devenido en un medio cautelador de los derechos fundamentales sumamente efectivo. Por otra parte, aún cuando el mandamiento de seguridad se creó para ser interpuesto sólo contra actos administrativos de seguridad y, excepcionalmente, proceda contra las disposiciones legislativas o resoluciones judiciales, vale decir, para proteger a las personas de los abusos de poder y actos ilegales, en la realidad la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se considera implícita en este proceso constitucional, lo cual es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, siendo un asunto pacífico en el derecho brasilero, protegiendo todos los derechos constitucionales a excepción de la libertad personal protegido por el *habeas corpus*.²³³

233 Covalcanti, T. B., *Do mandato de segurança*, Sao Paulo, Brasil, 1957, pp. 136 y ss. Castro Nuñez, J., *Do mandato de segurança e outros meios de defesa contra atos de poder público*, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 1961, p. 28.

Respecto de las resoluciones jurisdiccionales por vía jurisprudencial se ha establecido que, en circunstancias muy excepcionales, como cuando no exista contra la resolución respectiva un recurso eficaz con efecto suspensivo, que pueda evitar la comisión de perjuicio de difícil reparación, procede el mandamiento de seguridad contra ellas.²³⁴

Por otra parte, la Constitución de 1988 abre la posibilidad de impugnar por esa vía actos de personas privadas (sólo personas jurídicas) cuando “actúan en el ejercicio de atribuciones de poder público, como sería el caso de un concesionario de servicio público”.²³⁵

A su vez, desde la perspectiva de funcionamiento, el procedimiento del mandamiento de seguridad “está presidido por los principios de oficialidad, concentración, sumariedad y amplias facultades al juez para otorgar medidas precautorias”.

5. La acción de amparo peruana

La Constitución de 1979 y luego la Constitución de 1993, contemplan la acción de amparo en su artículo 200, junto con las acciones de *habeas corpus*, *habeas data* y la acción de cumplimiento.

La Constitución de Perú de 1993, en su artículo 200 establece como garantías constitucionales la acción de amparo, la que procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (a excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus*).

Nos interesa resaltar de este artículo de la carta peruana, de 1993, otros aspectos que continúan después del párrafo ya señalado, como los siguientes:

“El ejercicio de las acciones de *habeas corpus* y amparo no se suspenden durante los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución”, lo cual concuerda con el texto modificado en 1989 de la Constitución Chilena, en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

234 Fix-Zamudio, Héctor, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, vol. IX, núm. 2, 1968, p. 134, nota 5.

235 Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 73.

Por otra parte, la carta fundamental peruana agrega en su artículo 200, parte final, que: “Cuando se interpongan acciones de esta naturaleza en relación a derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examine la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de Estado de emergencia ni de sitio”.

Tal norma constitucional es de suma importancia incorporarla en el texto constitucional chileno, el cual obligar a los tribunales pertinentes, de acuerdo al artículo 5o. y las disposiciones de los artículos 40 y 41 de nuestra Constitución, a realizar el respeto y garantía de los derechos examinando la regionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptados por la autoridad política.

A. *Concepto*

La acción de amparo es un acción de garantía constitucional de carácter sumaria, que se formula ante el juez de primera instancia civil o ante la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente, dirigida a restablecer cualquier derecho reconocido por la Constitución de haya sido nombrado o amenazado por cualquier autoridad, funcionario o persona.

B. *El objetivo o fin de la acción de amparo*

Esta acción tiene por objeto reponer las cosas al Estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, a excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus*.

La finalidad es restablecer el derecho violado, lo que implica simultáneamente: la suspensión de la violación y restituir en su derecho vulnerado o amenazado a la persona agraviada.

C. *Procedencia de la acción*

La acción de amparo se ejerce contra actos u omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales, provenientes de autoridades, funcionarios o particulares, para garantizar y proteger los derechos constitucionales respecto de actos u omisiones que los vulneren.

La Ley de Amparo peruana establece, que el amparo procede contra hecho y no contra normas.²³⁶

A su vez, tanto la acción como la omisión de autoridad, funcionario o persona dan origen a la acción. Por otra parte, hay dos formas de violación, la vulneración que implica consumación y la amenaza que constituye un acto inminente por realizarse, real y objetivo.

D. *La jurisprudencia*

Según el artículo 9o. de la Ley 23.506, el amparo sentar jurisprudencia obligatoria cuando de dicha sentencia se desprenden principios de alcance general. Sin embargo, los jueces pueden apartarse de la jurisprudencia o del precedente, explicando las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución.

a. *Procedimiento*

La jerarquía de la acción de amparo es más restringida que la de *habeas corpus*, ya que sólo pueden ejercer la acción el afectado, su representante o el representante de la entidad afectada. Por excepción podrá ejercer la acción de amparo una tercera persona, sin necesidad de poder expresar, debiendo el afectado, una vez que esté en condiciones de hacerlo, ratificarlo la acción (artículo 26 de la Ley 23.506).

b. *El agotamiento de las vías previas*

Las acciones de amparo requieren que se hayan agotado las vías previas, vale decir, los procedimientos administrativos o institucionales privados, encaminados a resolver en este nivel los asuntos relacionados con la vulneración de derechos importantes como son los derechos constitucionales o los contenidos en tratados internacionales que contengan derechos humanos ratificados por el Perú, los cuales deben agotarse antes de iniciar la acción de amparo, siempre que tal vía previa esté legalmente predeterminada.

En todo caso procede la acción de amparo cuando no se hayan agotado las vías previas si:

²³⁶ Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1994, p. 110.

- 1) Una resolución es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida o ejecutoriada.
- 2) El agotamiento de la vía previa, hace irreparable el agravio del derecho.
- 3) La vía previa no se encuentra regulada o se ha iniciado sin estar obligado a ello el agraviado.
- 4) No se resuelve la vía previa dentro del plazo fijado para ello.

c. *La demanda*

La demanda o solicitud de amparo debe contener, de acuerdo a los artículos 424 y 425 del Código de Procedimientos Civiles, los siguientes requisitos:

a) El juez ante quien se interpone la acción de amparo, el nombre, datos de identidad, derechos y domicilio del agraviado, demandante o representante; b) Nombre y dirección del demandado; c) el derecho constitucional que debe ser restablecido; d) la fundamentación del petitorio (de hecho y de derecho) y e) los medios probatorios.

d. *La defensa del Estado y sus funcionarios*

El Estado y sus agentes o funcionario son defendidos por la Procuraduría General de la República. Sin embargo, la intervención del procurador no es obligatoria, lo cual significa que si no se apersonan al tribunal, ello no paraliza el proceso, pero sí debe notificarse la demanda a la propia entidad fiscal o al funcionario respectivo.

e. *La contestación de la demanda*

El agraviante debe observar en su constestación los requisitos del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil Peruano:

a) Observar similarmente dos de las demandas; b) pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda; c) exposición de los hechos en que se funda la defensa, d) ofrecer los medios probatorios.

El procedimiento es, por tanto, de carácter bilateral, no cabe la posibilidad de reconocimiento ni excepciones.

i) *No hay etapa probatoria en el amparo*

Dada la celeridad y urgencia que se requiere en la resolución de asuntos que afectan los derechos fundamentales no se puede dilatar el procedimien-

to, por lo cual no hay etapa de prueba, todo lo cual no impide la presentación de prueba instrumental o la realización de actuaciones que el tribunal señale, sin dilatar los términos. Con la misma frivolidad no se admiten excepciones incidentales. Todo lo cual lo señala la Ley 25.398, artículo 13.

f. *Integración de sentencias*

Esta integración de sentencias constituye la facultad que tienen los organismos jurisdiccionales superiores de completar las sentencias que revisan.

g. *Marco de interpretación del derecho*

La Ley 23.506 señala que los derechos protegidos por amparo deben interpretarse dentro del contexto general de la Constitución Política de la República del Perú, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República, y los principios generales del derecho y preferentemente los que inspiran el derecho peruano (artículo 159).

h. *Publicidad de las acciones de amparo*

Las sentencias ejecutoriadas en materia de amparo deben ser publicadas, obligatoriamente, dentro de los quince días siguientes en el *Diario Oficial El Peruano*, con el objeto de que la ciudadanía conozca la relevancia de los derechos constitucionales y así sean más respetados.

i. *La sentencia*

Con la contestación de la demanda o solicitud de amparo o sin ella, el juez resolver la causa dentro de tres días de vencido el término para la contestación, bajo responsabilidad.

j. *La cosa juzgada*

La sentencia firme y ejecutoriada produce efecto de cosa juzgada, la que en la acción de amparo peruano tiene características especiales, ya que sólo constituye cosa juzgada si favorece al demandante, en cambio si la resolución ha sido negativa, el agraviado puede formular nuevamente una acción de garantía por los mismos hechos, a condición de que no haya funcionado la caducidad de la acción de amparo.

k. *Procedimiento y sanción al agravante*

La Ley de Amparo prevé el precesamiento y la sanción consiguiente del agravante que resulte responsable en la sentencia de amparo. Identificado el agresor debe abrirse la instrucción correspondiente, además de la pena que atañe, en caso de funcionario público, se le impone además la destitución del cargo y no podrá ejercer acción pública alguna hasta que hayan transcurrido dos años de cumplido la pena principal. El responsable paga también las costas del juicio y una indemnización por el daño causado.

Esta acción penal sólo se concreta si el agraviado le da impulso, y el juez instructor encuentre responsabilidad penal, aplicar la sanción.

1. *El amparo en la Constitución argentina reformada en 1994*

El amparo se caracteriza por ser una acción rápida y expedita y una vía residual y extraordinaria (siempre que no exista otro medio judicial más idóneo), como asimismo, las restricciones al principio de contradicción. Bidart Campos considera que la acción de amparo constituye un ejercicio del derecho a la jurisdicción y de juicio de amparo, ya que la acción pone en movimiento un proceso jurisdiccional.²³⁷

Como señala Gozaíni el amparo es un derecho constitucional de acceso irrestricto consagrado en el artículo 43 y por el artículo 18 de la Constitución, en este último, en la parte que menciona la inviolabilidad del derecho de defensa en juicios de las personas y sus derechos.

El amparo es también una garantía procesal de los derechos humanos, el derecho al amparo, que pertenece a toda persona que busque la asistencia de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

Esta misma perspectiva se desprende del artículo 196 de la carta fundamental de Venezuela que lo regula como un derecho constitucional, diferenciándolo de sus aspectos procesales, transformándose en un verdadero derecho constitucional.²³⁸

El artículo 43 de la Constitución argentina prohíbe el uso del amparo cuando “existe otro medio judicial más idóneo”.

En todo caso, la Corte Suprema argentina estableció fórmulas para esquivar el reparo establecido, sealando que el agotamiento administrativo

²³⁷ Bidart Campos, Germán, *Régimen legal y jurisdiccional del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 338.

²³⁸ Gozaíni, Osvaldo, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 5.

produce demora inusitada en la acreditación de los derechos, atendiendo un caso de pasaportes con trámite urgente, invocando que la persona debía abandonar el país con rapidez; o cuando los recursos administrativos resultarán inútiles o superfluos, retrasan la convención de derechos evidentes o fácilmente de notables, o la necesidad de detener una decisión rápida o eficaz.

En el caso español, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia que se hubiesen ratificado”.²³⁹

En Argentina, la reforma constitucional de 1994, establece que la acción resulta admisible “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”, lo que permite armonizar el texto con la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Se admite la acción contra actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente afecten derechos o garantías constitucionales.

Por otra parte, se agregan al ámbito de los derechos protegidos, además de los constitucionales, los establecidos en tratados y leyes, ya que los tratados de acuerdo al artículo 75, núm. 22, otorgan supremacía constitucional a los convenios que señala tal disposición de la carta fundamental.

Los derechos pueden ser explícitos o implícitos de acuerdo al artículo 33 de la Constitución argentina, que reconoce la existencia de derechos implícitos.

Así, la sentencia de la Corte Suprema argentina del 4 de octubre de 1994, Ballesteros, José. Acción de amparo, señala que:

la acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales

239 *Cit. por Gozaíni, Osvaldo, op. cit.*, p. 16.

aptas para resolverlas puede afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiera circunstancias muy particulares, caracterizados por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional.²⁴⁰

A su vez, como ya la Corte Suprema lo había determinado en el caso “Kot” señalando:

siempre que aparezca de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera, a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponder que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo... guardados la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional.²⁴¹

De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la nación.²⁴²

En caso de dudas sobre la idoneidad de las vías concurrentes, y frente a tener que resolver sobre la admisión formal del amparo, creemos que debe estarse en favor de la eficacia de la acción intentada (*in dbio pro actione*), pues ese es, como señala Gozaíni, “El deber de colaboración que la Constitución pide a los jueces, para realizar suficientemente la defensa y eficacia de la Corte Suprema”.²⁴³

Tal como ocurre en otros países, el amparo se supedita a la existencia de conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, “resulta evidente que la vía del amparo no queda inhabilitada para cuestiones que requieren de mayor amplitud de debate o prueba”.²⁴⁴

240 *Ibidem*, p. 36.

241 *Idem*.

242 Véase Sagués, Néstor, *Ley de Amparo*, fallo 241-291, p. 168.

243 Véase Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, p. 40.

244 Morello, Augusto y Vallefin, Carlos, *El amparo. Régimen procesal*, Argentina, Editorial Platense, 1992, p. 36.

El tipo de procedimiento es sumarísimo en la acción de amparo, tal como se desprende de la Ley 16.986 y artículo 321, inciso 1 del Código Procesal Civil y Comercial argentino, también es de carácter informal, opera el principio de celeridad procesal y de carácter breve.

La demanda se limita a denunciar el acto o la omisión de autoridad pública o de particulares que, en forma actual o inminente, produzcan un acto lesivo a un derecho o garantía constitucional, o reconocido en tratados o leyes.

En el procedimiento por su celeridad hay pocas oportunidades para la alegación y réplica, como para la producción de prueba (la ilegalidad o arbitrariedad como lo hemos señalado debe ser manifiesta, si no lo es, debe utilizarse otro procedimiento).

Los plazos y términos establecidos son breves. Los recursos frente a la sentencia de primera instancia u otras impugnaciones sólo proceden en caso de rechazo in limine del amparo, la disposición de medidas para no innovar, la suspensión del acto impugnado y la apelación de la sentencia.

A vez, de acuerdo al artículo 13 de la Ley 16.986, la sentencia firma declarativa en el amparo, tiene el efecto de cosa juzgada, formal, dejando abierto el ejercicio de las acciones o recursos que pueden corresponder a las partes, con independencia del amparo, lo cual implica que la sentencia es provisoria, al no producir cosa juzgada material.

a) Plazo para la deducción del amparo

El artículo 2o. de la Ley 16.986 señala la inadmisibilidad de la acción de amparo, en el caso de que ésta fuere presentada después de quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

En el caso de omisiones, el plazo se cuenta desde “la fecha en que el acto debió producirse”.

b) Requisitos de procedencia del amparo

En el amparo se establecen tres condiciones exigidas para su procedencia:

a) Violación o amenaza de algún precepto reconocido por la Constitución, leyes o tratados; b) ilegalidad o arbitrariedad clara y manifiesta del acto lesivo, y c) inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un dao grave o irreparable si se desviara el reclamo a los procedimientos comunes.

c) *Procedimiento*

La acción de amparo puede ser rechazada *in límine*. A su vez, el tribunal podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad de la *nome* en que se funda el acto u omisión lesiva.²⁴⁵

Rivas argumenta en el mismo sentido, señalando que el sistema de prelación obliga a otorgar prioridad a la norma constitucional por sobre todo el ordenamiento jurídico, la cual establece el deber al Estado de atribuir al ciudadano todos los derechos contenidos y adaptados, entre los cuales se encuentran los tratados y las leyes sobre derechos humanos.²⁴⁶

Oswaldo Gozaíni, quien señala que cuando el juez declara de oficio la inconstitucionalidad de una norma, no sentencia *extra petite*, “ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulta legitimado por la Constitución, desde que, el derecho —Constitución, inclusive—, no es una cuestión que pueda no ser sometida a juzgamiento”.

“Tampoco se transgrede el derecho a defensas, pues la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas no es imprevisible y no requiere debate previo”.²⁴⁷

En todo caso los efectos de dicha sentencia se aplican sólo *inter partes* no teniendo efectos *erga omnes*.

Por otra parte, al no existir el mecanismo en Argentina del precedente obligatorio (*store decisio*) del sistema americano, los jueces por tanto, no sufren menoscabo en su derecho-deber de interpretación.

d) *Naturaleza jurídica del amparo argentino*

La acción de amparo es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, asimismo, es una acción constitucional, porque más allá de la garantía, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. De esta manera dicha acción constituye “un derecho humano a la justicia” como señala Fix-Zamudio y también Cappeletti.

La acción de amparo no es una acción popular, ya que debe ejercitarse un interés o derecho propio, personal y directo; careciendo de interés le-

245 Sagüés, Nestor Pedro, *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*, La laude, 1994, p. 1151.

246 Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, Buenos Aires, La Roca, 1987, p. 142.

247 Gozaíni, Oswaldo, *op. cit.*, p. 55.

gítimo o de derecho subjetivo, no hay legitimación para interpretar la acción.

e) *La legitimación de amparo*

La deducción del amparo debe ser llevada por persona individual o jurídica que se considere “afectada”, como señala el artículo 5o. de la Ley 16.986, la misma exigencia plantea el artículo 43 de la Constitución, el cual amplía el cuadro de representantes al defensor del pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y a toda persona que acredite un interés legítimo.

f) *El amparo es un proceso bilateral*

Un sector claramente mayoritario de la doctrina Argentina (Bidart Campos, Gozaíni, Lazzarini, Sagüés, entre otros) sostiene la bilateralidad del proceso de amparo; como señala Néstor Sagüés:

la celeridad en el amparo constituye por sí un principio atendible, pero no es un postulado único, puesto que debe empalmar con otros de no menor envergadura (igualdad, libertad, defensa en juicio). Como en el caso de tantos valores jurídico-políticos, el ejercicio de uno solo de ellos se encuentra condicionado por la operatividad de los restantes que, obviamente, deben ser también considerados. Lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia, como cualquier desarmonía, en el plexo de los valores del derecho y de la política; sólo que en el amparo la paradoja sería mayor: so pretexto de lograr una justicia inmediata, se incurriría en una injusticia inmediata, se incurriría en una injusticia inicial, como sería el olvido del derecho a la defensa en juicio.²⁴⁸

Ello se ve reforzado por los términos empleados por el legislador tales como “demanda de amparo” (artículo 6o.), las “partes” (artículo 9o.), al “accionado” (artículo 10) que manifiestan una duplicidad de intereses y opiniones, demostrando el carácter bilateral del amparo.

g) *Materias susceptibles de aprobación*

El artículo 15 de la ley 16.986 establece que sólo serán apelables “la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3o., y las

248 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 270.

que dispongan las medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado”.

A continuación la misma Ley consigna que “el recurso deberá interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada y ser fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se llevar el expediente al respectivo tribunal de alzada dentro de las 24 horas de ser concedido”.

En caso de que fuera denegado, entender dicho tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

Es importante consignar que los plazos, de acuerdo con la disposición que acabamos de mencionar, generalmente, se cuentan en horas y no en días.

h) *Las costas en el juicio de amparo*

La Ley de Amparo, en su artículo 14, determina “las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas no antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8o., cesará el acto u omisión en que se fundó el amparo”. Así, en la materia, rige el principio objetivo de la derrota, que se expresa en los variantes: “1=el vencimiento en la pretensión constitucional, que demuestra la instauración de un vencido que habrá de ser condenado en costas, y 2) la cuestión abstracta que toma cuerpo con el cumplimiento del acto al tiempo de tener que ofrecer el informe circunstanciado, originado con ello la no distribución de gastos causídicos”.²⁴⁹

En todo caso hay una cierta flexibilidad en esta materia, ya que la objetivación del problema requiere de un análisis particular de los casos planteados, pudiendo encontrar soluciones alternativas, fundadas racionalmente, mediante el estudio de los comportamientos en el proceso.

E. *El recurso de protección en Chile*

Los antecedentes del recurso de protección los encontramos en el acta constitucional número 3 (D. L., 1552 del 13 de septiembre de 1976) sobre derechos y deberes constitucionales.

249 Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, p. 133.

a. Origen y fundamentos del recurso de protección

La crisis política y jurídica desarrollada en 1972 y 1973, mostraron la ineficacia práctica de los mecanismos institucionales que garantizaban los derechos de las personas en variados aspectos, lo que se debía a:

- 1) Lentitud y vulnerabilidad dilatoria de los procedimientos existentes, en general.
- 2) Una falta de correspondencia entre los mecanismos políticos-institucionales de la defensa de los derechos y las exigencias de una protección directa e inmediata acorde con la urgencia de la respuesta institucional, que corrigiese o reestableciera el derecho. Los procedimientos existentes consistían en el juicio político, la fiscalización parlamentaria (artículos 39, núms. 1 y 2, y 42, núm. 1), o el desafuero tendiente a permitir el uso de los procedimientos ordinarios civiles o criminales (artículo 42, núms. 2 y 3). El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 86 de la Constitución) en caso de juicio pendiente o preventivamente, ante instancias a las cuales no tenía acceso directo: Tribunal Constitucional (artículo 78) y Contraloría General de la República (artículo 21).
- 3) Los recursos de protección constitucional, realmente efectivos, se encontraban restringidos en su ámbito de aplicación a la salvaguarda de la libertad personal (recurso de amparo, artículo 16 de la Constitución).
- 4) La acción contencioso-administrativa frente a los excesos y arbitrariedades de la autoridad pública, estaba comprometida su aplicación en razón de una interpretación jurisdiccional que circunscribía su ejercicio a los tribunales administrativos, los cuales no existían más que como norma programática de la Constitución, sin desarrollo legislativo.

El recurso de protección nace así como un mecanismo de salvaguarda de los derechos constitucionales dotado de un procedimiento ágil y eficaz, que pudiese iniciarse personalmente por el afectado o por cualquiera a su nombre, en contra de quien quiera que hubiere podido afectarlo in-

debidamente, sin perjuicio de la utilización eventual de los procedimientos de lato conocimiento.

Acciones similares existían en el ámbito del continente americano a nivel constitucional, examinándose los casos de México, Brasil, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú y Venezuela (acta de la CENC, núm. 214).

b. Naturaleza jurídica del recurso de protección

¿Se trata de un recurso o de una acción?

Procesalmente, el recurso de protección es una acción, al ser una “facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia”.

En cambio, el recurso es “el medio que reconoce la ley a las partes del proceso para impugnar las resoluciones judiciales”.

Además, el denominado “recurso de protección” no circunscribe el ámbito de su aplicación a las resoluciones judiciales, sino que cubre toda la gama de decisiones públicas, con ciertas excepciones importantes.

Por tanto, pareciera más adecuado conceptualarla como una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales específicamente conservadoras de los tribunales de justicia que buscan salvaguardar los derechos de las personas de un modo directo e inmediato. Por otra parte, en una interpretación sistemática de los artículos 20 y 5o. de la Constitución en armonía con el artículo 25 de la Convención Americana de derechos humanos, nos lleva a sostener que el “recurso de protección” es también un derecho esencial de la persona humana, el derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales a través de los cuales sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías expresamente señalados en el artículo 20 de la carta fundamental, a través de un procedimiento constitucional especial, breve y sumario, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual puede actuar inquisitorialmente, encontrándose habilitada para tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado.

Aunque en el lenguaje constitucional chileno, se utiliza el vocablo recurso para designar inmediatamente “los medios de protección que el

Constituyente establece y en especial, el requerimiento que se formula ante los tribunales en demanda de esa protección”, costumbre que debe ser definitivamente eliminada por no corresponder a la naturaleza jurídica de la institución.

c. Características del recurso (acción) de protección

a) *Presupuestos procesales (elementos constitutivos esenciales del proceso y a los elementos esenciales de su validez)*

En el caso del llamado “Recurso de Protección” no da origen técnicamente a un juicio, ya que no hay partes ni contienda (acción y excepción).

La persona afectada en su derecho, por una acción u omisión arbitraria o ilegal, formula ante el tribunal una pretensión de amparo o protección de su derecho, y el Tribunal, en razón de la urgencia existente para la salvaguarda del derecho y de la gravedad de la ofensa, procede de oficio a indagar, a efectuar las averiguaciones, y decretar las diligencias necesarias para proveerse de los antecedentes o elementos del juicio, sobre la base de los cuales declarar si existe o no la acción u omisión arbitraria o ilegal que afecta al ocurrente en el ejercicio de su derecho, generalmente se pide informe a la persona natural o jurídica, privada o pública, que es responsable de la omisión o acción ilegal o arbitraria, la cual si no llega dentro de los términos determinados por la Corte respectiva, podrá prescindir de éste.

Se trata de una acción informal, ya que la acción puede ser redactada en papel simple, por telégrafo o incluso por un acta levantada en la secretaría de la Corte de Apelaciones respectiva, siendo el objetivo restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida.

La relación procesal se inicia con el ejercicio de la acción, se materializa con la presentación de la demanda de protección, nace con el requerimiento formulado por el Tribunal al ofensor, y se integra con el conjunto de los antecedentes recabados por el órgano jurisdiccional y que lo ponen en situación de emitir su fallo o sentencia final.

b) *Capacidad para ejercer la acción de protección*

Cualquier persona natural o jurídica, o incluso ente colectivo sin personalidad jurídica (CENC, acta núm. 215), en procedimiento breve y sumario.

La acción, de acuerdo con el auto acordado de la Corte Suprema, debe ser interpuesta dentro del plazo de quince días corridos. El tribunal analiza los requisitos de admisibilidad, los cuales si se cumplen, se inicia la tramitación. En una segunda fase, el tribunal recaba antecedentes y solicita informes, los cuales la Corte puede decidir prescindir de ellos si éstos no llegan oportunamente, pudiendo adoptar medidas para mejor resolver, antes de emitir la sentencia. La última etapa se inicia cuando el tribunal deja la causa en acuerdo, desde el cual debe emitir el fallo dentro del plazo de cinco días hábiles, tanto en primera como en segunda instancia. Tal plazo se reduce a dos días hábiles para dictar el fallo de primera instancia o de apelación, respectivamente, desde que la causa se encuentre en acuerdo, cuando los derechos afectados son el derecho a la vida e integridad física o psíquica de la persona, en el caso del derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, en el caso del derecho de libertad de opinión e información.

El auto acordado sobre tramitación del recurso de protección modificado en 1998, en el artículo 2o. señala que: “el recurso podrá interponerse por el afectado o por cualquier otra persona en su nombre, capaz de comparecer en juicio”.

Por tanto, ello indica que el que actúa a nombre del ofendido debe ser capaz de comparecer en juicio.

Así se modificaron las normas generales de capacidad para comparecer ante los tribunales, ya que el afectado al no estar aquejado por alguna incapacidad, no necesita comparecer por medio de su representante legal o curador, lo puede hacer directamente.

Asimismo, puede desprenderse que si comparece el ofendido mismo que comparece por sí, no es necesario que ser capaz de comparecer en juicio.

La redacción esta tomada del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal que se refiere al recurso de amparo, teniendo la misma imperfección.

c) Requisitos o condiciones de ejercicio de la acción

Estos requisitos consisten en la formulación de una pretensión jurídica y en hacer valer esa pretensión de acuerdo con las formalidades procesales establecidas en la ley.

- A) *Comparecencia*. Puede comparecer el ofendido personalmente o mediante representante legal, o por cualquiera a su nombre, sin que sea necesario hacerlo a través de mandatario judicial (CENC, sesión 215, p. 25).
- B) *Plazo: un total de 15 días corridos*. El auto acordado establece el momento a partir del cual debe comenzar a contarse.
- Desde que se produce el acto o se incurre en la omisión arbitraria o ilegal (criterio objetivo).
 - Desde el momento que el afectado toma conocimiento del acto u omisión arbitraria e ilegal (criterio objetivo).

d) *Tribunal competente*

La CENC determinó que el Tribunal debía quedar establecido en el texto de la Constitución, para evitar que si se dejaba a la ley su determinación, podría comprometerse la eficacia del recurso (sesión, núm. 214).

En relación a la jerarquía del tribunal, todos los miembros estuvieron de acuerdo en radicarlo en las Cortes de Apelaciones respectivas, a excepción de Alejandro Silva B., quien fue partidario de entregarle las competencias a los jueces letrados de la jurisdicción respectiva. La comparecencia puede hacerla el afectado personalmente, por cualquiera a su nombre, por escrito o incluso, telegráficamente (sesión 215, pp. 13 y 25).

e) *Plazo de interposición del recurso*

Auto Acordado, artículo 1o.

“El recurso se interpondrá dentro del plazo fatal de 15 días corridos ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales”.

¿Qué pasa en el caso en que el acto ofensivo se dicta bajo la jurisdicción de una Corte, pero se ejecuta o se cumple bajo la de otra?

El Auto Acordado no regula tal situación. Al no hacerse distinción y considerando la naturaleza de la institución consideramos que son competentes las cortes en cuyos respectivos territorios jurisdiccionales se

haya gestado, desarrollado o ejecutado el acto, según sea la necesidad y conveniencia del afectado.

f) *Requisitos de la solicitud de protección*

Materialidad de la presentación

Puede hacerse por escrito o telegráficamente, en la forma que resulte más rápida (CEN acta núm. 215), por tanto, no requiere de mayores solemnidades, en papel simple, o por telégrafo.

Individualización del ofendido

El ocurrente debe individualizarse (persona natural, o ente colectivo con o sin personalidad jurídica).

La individualización del ofensor no es requisito de validez de la presentación (puede que no se señale con precisión).

Exposición de los hechos

El ofendido debe explicitar los hechos que configuran la acción u omisión arbitraria o ilegal, que produce amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de su derecho constitucionalmente protegido.

A su vez, aun cuando no es necesario precisar al ofensor deben existir elementos de juicio que guíen u orienten la acción del Tribunal para individualizar al ofensor y antecedentes que encaucen la investigación de la Corte.

g) *Formulación de la pretensión jurídica*

Pueden perseguirse los objetivos de:

- a) Reconocimiento del derecho en cuyo legítimo ejercicio el afectado se ha visto privado, perturbado o amenazado, lo que da a la acción de protección, el carácter de acción declarativa.
- b) Condenación del ofensor de efectuar las prestaciones o adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para restablecer el imperio del derecho infringido (acción condenatoria).
- c) Cuando se solicite se subsane una omisión arbitraria o ilegal, la acción de protección puede presentar el carácter de constitutiva, en cuanto es capaz de generar una situación jurídica nueva, cuando se establece la obligación de la autoridad administrativa a dic-

tar un acto administrativo que da origen en favor del ocurrente a un estatus jurídico especial que no existía precedentemente (ejemplo indulto particular, cuando el presidente debe decretar cuando se han cumplido los presupuestos necesarios).

El tribunal debe otorgar la debida protección al ofendido (establecer el imperio del derecho).

h) *Requisitos de admisibilidad de la acción*

- A) *Derecho a la acción.* Cuando el ordenamiento jurídico protege al afectado efectivamente en contra del hecho que redundan en perjuicio de su derecho, abriéndole el camino a la protección jurisdiccional. No ocurre ello con las obligaciones meramente naturales.
- B) *La calidad de la acción.* Cuando el ofendido es efectivamente el titular del derecho afectado y procede en contra de quien pesa la obligación de satisfacer la pretensión del actor.
- C) *Interés actual y jurídico de la acción.* El ocurrente cumple con esta condición, cuando la protección jurisdiccional que pretende es el único medio adecuado para la salvaguarda de su derecho.

Tratándose del ejercicio de la acción de protección los requisitos de admisibilidad se manifiestan en las siguientes condiciones que deben cumplirse:

1. Constatación aparente de hallarse, quien recurre dentro del plazo de 15 días.
 - A) Que haya producido y se acredite una acción u omisión arbitraria o ilegal.
 - B) El acto u omisión arbitraria o ilegal puede provenir de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado.

Quedan excluidas la ley y las resoluciones judiciales, ya que en el caso de la ley, existe especialmente consagrado por la Constitución, el recurso de inaplicabilidad; y en el caso de las resoluciones judiciales, existen, los recursos procesales correspondientes, salvo el caso de que no haya recurso disponible para superar la infracción del derecho o este recurso no per-

mita resolver a tiempo el restablecimiento del derecho. En el caso de las normas emanadas del Congreso Nacional, como ya hemos señalado, la jurisprudencia ha sido uniforme que frente a la ley no cabe la acción de protección, aunque quedan comprendidas las resoluciones de las Cámaras al margen de la actividad legislativa.

i) *¿Se puede aplicar el recurso respecto de los tratados y de los DFL?*

Los decretos con fuerza de ley, por su equivalencia con la ley, nos parecen, excluidos del recurso de protección. En el caso de los tratados internacionales, no corresponde la acción de protección, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que estos últimos una vez válidamente incorporados al derecho interno, no pueden ser objetados por el propio Estado, al margen del procedimiento de modificación, revisión o denuncia de los tratados internacionales, los cuales están regulados por el derecho internacional, salvo que se afecte en contenido de un derecho fundamental que se encuentre mejor protegido en el derecho interno que en el derecho internacional de los derechos humanos.

2. Que la acción u omisión arbitraria o ilegal redunde, en relación de causa o efecto, en una privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio del derecho constitucionalmente protegido.

El derecho puede ser afectado en el grado de privación del ejercicio del derecho que consiste en la imposibilidad material total de ejercerlo, en el grado de perturbación que consiste en el ejercicio anormal del derecho por causa de acciones u omisiones arbitrarias ilegales que impiden parcial y materialmente el goce o ejercicio del derecho, o en el grado de amenaza, el que está constituido por acciones u omisiones que impiden el goce pacífico del derecho ante la inminencia de la perturbación o privación.

3. El afectado debe estar en el legítimo ejercicio del derecho constitucionalmente protegido, sea el actor el titular del derecho.

4. Debe tratarse de un derecho constitucionalmente amparado con la acción de protección.

Alejandro Silva Bascuñán en la CENC señala que debían protegerse todos los derechos, ya que cualquier discriminación podría ser arbitraria.

El resto de la comisión, se uniformó en el sentido de proteger sólo los derechos sociales cuyo ejercicio exige, de parte del Estado, el encauzamiento forzado de la solidaridad nacional, debe hacer con cargo al erario nacional en beneficio de los titulares de tales derechos, lo que queda sujeto a las potencialidades económico-sociales del Estado.

Sólo se protegen derechos sociales que no dicen relación con la actividad económica-financiera del Estado, por ejemplo, los derechos a sindicarse o el derecho a escoger el sistema de salud (privado o público).

El único caso que rompe esta regla dice relación con el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, pero en este caso se exige que la acción debe ser arbitraria e ilegal.

Éste es el único caso en que se establece una relación copulativa y no disyuntiva, ello implica que la acción u omisión debe ser contraria a la ley y de manifiesta mala fe.

A su vez, en este caso, no se establece el recurso, en caso de omisión, sino sólo en el de acción.

Los derechos protegidos, por el recurso de protección son los siguientes:

Artículo 19, núm. 1: Derecho a la vida y a la integridad física de la persona. Protección de la vida del que está por nacer. Prohibición de apremios ilegítimos.

Artículo 19, núm. 2: La igualdad ante la ley.

Artículo 19, núm. 3, inciso 4: Nadie puede ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el tribunal que señala la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta.

Artículo 19, núm. 4: Respeto y protección de la vida pública y privada y la honra de la persona y su familia.

Artículo 19, núm. 5: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Artículo 19, núm. 6: Libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre del culto.

Artículo 19, núm. 8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Artículo 19, núm. 9, inciso final: Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.

Artículo 19, núm. 11: Libertad de enseñanza.

Artículo 19, núm. 12: Libertad de opinión y la de informar sin censura previa.

Artículo 19, núm. 13: El derecho a reunión pacífica sin permiso previo y sin armas.

Artículo 19, núm. 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.

Artículo 19, núm. 16, relacionado con el artículo 20: La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación.

Artículo 19, núm. 16, inciso 4o.: Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida a menos que se oponga a la moral, la seguridad, la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Artículo 19, núm. 19: Derecho a sindicarse en los casos y formas que seala la ley. Derecho a personalidad jurídica. La autonomía de las organizaciones sindicales.

Artículo 19, núm. 21: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

Artículo 19, núm. 22: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes excepto los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la nación toda.

Artículo 19, núm. 25: El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley. Propiedad individual sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas.

j) *Plazo para dictar una sentencia*

El plazo para dictar sentencia, de acuerdo con el nuevo auto acordado, es dentro de quinto día hábil, salvo en algunas materias específicas en que éste se reduce a dos días hábiles, ellas son el derecho a la vida y la integridad física o psíquica (artículo 19, núm. 1), el derecho a ser juzgado por el Tribunal que señale la ley (artículo 19, núm. 3, inciso 4), el derecho a la libertad de opinión e información sin censura previa (artículo 19, núm. 12), y el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso y sin armas (artículo 19, núm. 13).

k) *Notificación de la sentencia*

Al ocurrente personalmente o por estado diario. Al ofensor que se ha hecho parte de igual manera que al recurrente, el que no se ha hecho

parte, ejecutoriada la sentencia, debe ponerse en concimiento para que se cumpla.

1) *Causa juzgada formal*

Se trata de una acción de urgencia con procedimiento breve, con el objeto de “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Es competente para conocer de tal acción constitucional la Corte de Apelaciones respectiva, la que detenta una competencia amplia ya que puede conocer de la acción por actos u omisiones arbitrarias o ilegales de autoridades y de funcionarios que dependen de estas últimas o de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de particulares.

La sentencia que dicta la Corte es definitiva y produce cosa juzgada formal, en cuanto debe cumplirse lo resuelto por el tribunal. Sin embargo, el artículo 20 establece que la acción es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el interesado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Ello implica que el fallo de la acción de protección resuelve la lite en forma provisional, mientras no exista otro fallo posterior que disponga otra cosa en un juicio de lato conocimiento.²⁵⁰

El Auto Acordado que regula la acción de protección fijó un plazo de 15 días corridos para interponerla, plazo que se cuenta desde que el interesado estuvo en aptitud de ejercitar la acción, plazo de dudosa constitucionalidad, ya que afecta el derecho a la acción en su esencia, como en su libre ejercicio, a través de una norma adjetiva, vulnerando el principio de reserva legal en la regulación de derechos.

250 Sobre el recurso de protección: Paillás, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Chile, Editorial Jurídica, 1990; Soto Klos, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina, jurisprudencia*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982; Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio *et al.*, *Derecho constitucional*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, t. I, pp. 331-341; Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Perú, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 145-209; Nogueira A. Humberto (coord.), *Acciones constitucionales de amparo y protección*, Chile, Editorial Universidad de Talca, 2000.

La sentencia puede ser apelada ante la Corte Suprema de Justicia debiendo ser interpuesta la apelación en el momento de la notificación del fallo o dentro de los cinco días hábiles siguientes.

El recurso o acción de protección chileno (amparo, en el derecho comparado), se diferencia de aquellos regulados en otras Constituciones latinoamericanas, por ser un recurso o acción restringido sólo a ciertos derechos fundamentales, que son los establecidos en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución.

Esta restricción de la acción de protección está en abierta contradicción con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos antes citada, que obliga a los estados partes a garantizar un recurso sencillo, rápido y efectivo que proteja todos los derechos fundamentales o derechos humanos, tanto los establecidos en el Pacto como en la Constitución y las leyes internas.

En congruencia con esta obligación imperativa para los estados partes del Pacto de San José de Costa Rica, las Cartas Fundamentales de Costa Rica, Argentina, Uruguay, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Brasil, Perú y Venezuela, establecen un amparo amplio y eficaz de todos los derechos constitucionales en forma rápida y sencilla.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como en los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinar los requisitos y formas de su organización.

IV. LA ACCIÓN DE AMPARO (*HABEAS CORPUS*)

1. *Antecedentes históricos*

Un primer antecedente histórico lo encontramos en el interdicto romano “*homine libero axhibendo*” contenido en el Digesto, título XXIX, libro XLIII. Tales interdictos constituían una interpelación a las autoridades públicas a fin de tutelar ciertos derechos. En este caso concreto se trata de un interdicto exhibitorio, ya que además existían los interdictos restitutorios y prohibitorios.

El interdicto “*homine libero exhibendo*” ordenaba mostrar a la persona y restituírla, en su caso, su libertad, cuando dicha persona había sido arbitrariamente detenida. Este interdicto era de gran amplitud en el ejercicio de la acción, pudiendo ser ejercido por cualquier persona. Por otra parte, es necesario señalar que dicho interdicto sólo protegía a los hombres libres. La orden de mostrar la persona debía ser cumplida inmediatamente y su desacato, además de la responsabilidad penal, implicaba fuertes sanciones pecuniarias.

Otro antecedente más cercano en una perspectiva diacrónica, en el derecho español, está constituido por ciertas instituciones protectoras de la libertad personal en el reino de Aragón. Tales procedimientos forales de Aragón se caracterizaron por su sumariedad y rapidez, entre los cuales se encontraba el “juicio de manifestación”, el cual estaba a cargo del Justicia Mayor designado por el rey, el cual era inviolable e inamovible del cargo. Dicha autoridad sólo estaba afecto al juicio de responsabilidad, con el objeto de controlar y evitar sus eventuales abusos. Una de las especies de este juicio era sobre personas, el cual se subdividía en tres acciones: manifestación de personas privadas, la manifestación de jueces y la manifestación por vía privilegiada. Todas las cuales, como señala Néstor Sagüés,²⁵¹ tienen las siguientes características:

- a) Protegía tanto la libertad como la integridad física.
- b) Se admitía contra personas privadas o autoridad pública (judicial, incluida).
- c) Podía articularse por el propio interesado, o por un tercero.
- d) El trámite era urgente, más todavía en la vía privilegiada.
- e) La meta era exhibir y proteger al detenido, y disponer —en algunos supuestos— su libertad.

Los antecedentes del *habeas corpus* se encuentran en la Petition of Rights (Petición de Derechos de 1628), el *habeas corpus act* y el Bill of Rights (ley de derechos).

En un manifiesto del 2 de junio de 1628, la Petición de Derechos, declaró que el encarcelamiento por mandato del rey, sin causa justificada en la ley, era contraria al principio de libertad personal, promulgada y garantizada por la carta magna. Así se consignó en el punto cuarto: “..en el vigésimo octavo año del reinado del rey Eduardo Tercero, fue decla-

251 Sagüés, Néstor, *Habeas corpus*, Buenos Aires, 1988, pp. 5 y 6.

rado y promulgado por la autoridad del Parlamento, que ningún hombre de cualquier estado o condición ser expulsado de su vivienda o de sus tierras, ni arrestado, ni encarcelado, ni desheredado, ni condenado a muerte sin haber tenido la oportunidad de declarar conforme al proceso legal debido”.

En el derecho Anglosajón, el “writ de *habeas corpus*” constituía una orden reparadora e imperativa de comparecencia del detenido, el cual tuvo diversas manifestaciones, siendo la que nos interesa el *habeas corpus ad subiciendum*, el cual obligaba al encargado o custodio del lugar de detención exhibir a la persona privada de libertad ante los tribunales y dar las razones que explicaban la privación de libertad. Tal institución tuvo una desigual aplicación, lo que obligó a dictar el Acta de *habeas corpus (habeas corpus act)* del 29 de mayo de 1679, sancionada por Carlos II de Inglaterra, con el objeto de garantizar la efectividad de la libertad personal y constituirse en un medio eficaz en caso de infracción para obtener rápidamente el amparo de los magistrados. Este procedimiento podía utilizarse respecto de las órdenes de detención emanadas de la Corona, pudiendo plantearse ante cualquier juez real; la ley establecía fuertes sanciones a la autoridad que no presentare al detenido cuando fuere requerido, no se pusiera copia de la orden de detención en manos del juez o no ejecutaren la orden del tribunal de dejar en libertad a la persona privada de ella, entre otras situaciones. Las sanciones eran fuertes multas pecuniarias de 100 libras, las que se quintuplicaban (500 libras) en caso de reincidencia, lo que llevó a una práctica de mayor cumplimiento por parte de las autoridades de dicha normativa.

Esta institucionalidad protectora de la libertad personal fue completada por el Bill of Rights del 16 de diciembre de 1689, cuyo artículo 11 prohibió la fijación de fianzas excesivas para decretar la libertad caucional de los detenidos, que había sido la práctica durante el reinado de Jacobo II, lo que había restado eficacia al *habeas corpus*.

Así, el procedimiento del *habeas corpus* consiste esencialmente en presentar al detenido o procesado ante el juez con el objeto de verificar la legalidad de la medida. Este instrumento de naturaleza procesal permite a los jueces solicitar la presencia de un detenido, determinar la legalidad de forma y de fondo de ella, reparar los defectos o dejarlo en libertad.

2. El recurso (acción) de amparo o habeas corpus en Chile

Antecedentes. Sin perjuicio de los ensayos constitucionales y primeras Constituciones de corta vigencia, los cuales establecieron algunas normas y garantías protectoras de la libertad,²⁵² es la Constitución de 1833, la que establece formalmente el *habeas corpus* en el ordenamiento jurídico nacional, a través del artículo 143, el cual instituía:

“Todo individuo que se hallare preso o detenido ilegalmente, por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la magistratura que señale la lei reclamando que se guarden las formas legales”. Esta magistratura decretar que el reo sea traído a su presencia i su decreto ser precisamente obedecido por los encargados de cárceles o lugares de detención.

“Instruida de los antecedentes, har que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve iésumariamente corrigiendo por sí o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos...”.

La Ley aludida en el precepto constitucional fue dictada sólo en 1875, estableciendo como magistratura competente a la Corte Suprema, normativa legal que fue perfeccionada por modificaciones legales en los años 1884 y 1891.

Más tarde, la Constitución de 1925, en su capítulo III, dedicado a las “Garantías constitucionales”, señaló en su artículo 16:

Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto ser precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretar su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondá el individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

252 Véase Tavolari Oliverios, Raúl, *Habeas corpus. Recurso de amparo*, Chile, Editorial Jurídica, 1995, pp. 47-52.

Esta disposición constitucional fue complementada con un auto acordado dictado por la Corte Suprema en 1932, destinada a reglamentar la tramitación del *habeas corpus*, para corregir defectos o abusos prácticos que llevaban a una dilatación de meses en su tramitación, el retardo de las respuestas a los informes solicitados a los jueces y otras argucias destinadas a evitar que el detenido o preso fuera traído a la presencia del tribunal.

La Constitución de 1980, reformada en 1989, respecto de la materia en análisis, establece en su artículo 21:

Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que seale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esta magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto ser precisamente obedecido por todos los encargados de cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretar su libertad inmediata y hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Las novedades de mayor relevancia respecto de la Constitución de 1925, que aparecen en la carta fundamental actual, están dadas por el hecho de que no sólo se protege el derecho a la libertad personal, sino que, además, se garantiza la seguridad individual; un segundo aspecto de interés es la consagración en términos expresos del amparo o *habeas corpus* preventivo; un tercer ámbito significativo de innovación es que la libertad ambulatoria se protege no sólo respecto de actos de autoridad, sino también de actos de particulares. Se mantiene constante el hecho de que sea la Corte de Apelaciones respectiva, por regla general, el tribunal que conoce y resuelve el *habeas corpus*, la cual puede actuar respecto de toda “privación, perturbación o amenaza” en el derecho a la libertad personal y

la seguridad individual, asegurados en el artículo 19, núm. 7 de la carta fundamental.

La acción de amparo puede ser ejercida en beneficio de todo individuo que está en situación de ser arrestado, detenido o preso, vale decir, a toda persona que se encuentra en alguna de estas tres situaciones, pero no sólo en ellas, en efecto, puede hacerse efectiva también la acción de amparo con carácter preventivo, ante amenazas a la libertad personal o seguridad individual, aun cuando todavía no se haya consumado el intento de perturbación o privación de ellas.

Lo que posibilita la acción de amparo puede ser la infracción de lo dispuesto en la Constitución o en normas legales, no solamente en la Constitución como señalaba la carta fundamental anterior de 1925.

A su vez, el inciso 3o. del artículo 21, señala la posibilidad de ser deducida la acción de amparo en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, debiendo el tribunal respectivo adoptar todas las medidas conducentes al restablecimiento del imperio del derecho y a la debida protección del afectado.

Tales normas son complementadas con las regulaciones del artículo 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

De la sentencia de la Corte de Apelaciones, puede conocer la Corte Suprema por apelación.

En el contexto latinoamericano hay Constituciones que restringen el *habeas corpus* estrictamente a la libertad personal, como son las cartas fundamentales de Colombia, artículo 30; Guatemala, artículo 263; Brasil, artículo 5o. inciso LXVIII, o Constituciones europeas recientes como la española en su artículo 17.4.

3. *La naturaleza jurídica, tipos y características del recurso (acción) de habeas corpus (amparo en Chile)*

De acuerdo con la normativa constitucional del artículo 21, del artículo 5o., inciso 2 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, artículo 25, interpretados en forma sistemática, armónica y finalista, nos lleva a sostener que el recurso de protección o *habeas corpus* en nuestro ordenamiento es, simultáneamente un derecho esencial que tienen las personas para hacer efectiva la tutela judicial efectiva contra toda privación, perturbación o amenaza ilegítima

de su libertad personal y su seguridad individual, como asimismo un procedimiento especial de carácter constitucional, breve y sumario, mediante el cual las autoridades judiciales respectivas garantizan la libertad personal y la seguridad individual.

De acuerdo a la nomenclatura internacional pueden distinguirse cuatro tipos de *habeas corpus*: el *habeas corpus* reparador; el *habeas corpus* preventivo; el *habeas corpus* correctivo y el *habeas corpus* restringido.²⁵³

El *habeas corpus* reparador, constituye la modalidad clásica, cuando se producen detenciones ilegales o procesamientos arbitrarios, sin los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes.

El *habeas corpus* preventivo tiene por objeto proteger a las personas respecto de amenazas a su libertad personal, seguridad individual o algún procedimiento inconstitucional, ilegal o arbitrario tendiente a amenazar o restringir tales derechos, a fin de evitar que se materialice tal amenaza, perturbación o privación de la libertad personal o la seguridad individual.

El *habeas corpus* correctivo tiene por finalidad cambiar el lugar de detención o arresto, cuando no sea adecuado a la índole o causa de la detención o arresto, para poner fin al tratamiento irregular, ilegal o arbitrario del detenido, arrestado o procesado; o incluso, cuando los antes señalados fueren objeto de un tratamiento cruel, degradante o inhumano. Así, este tipo de *habeas corpus* corrige las irregularidades que puedan ocurrir durante la detención, arresto o procesamiento.

El *habeas corpus* restringido se utiliza para que se ordene a ciertas autoridades o personas particulares, abstenerse de realizar una vigilancia abusiva, impedirle a la persona a ciertos lugares públicos o privados de uso público, realizar interpelaciones intimidatorias o acosarlo con preguntas molestas o llamados telefónicos para producir amenazas y temores en el recurrente. Este tipo de *habeas corpus* tiene un gran desarrollo en el mundo anglosajón.

El procedimiento de *habeas corpus*, aun cuando tiene la denominación de “recurso” en el texto de la Constitución no lo es, ya que no tiene como fin la impugnación de resoluciones judiciales, el cual sólo se concibe den-

253 Véase Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 39 y Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pp. 238 y 239.

tro de un proceso en marcha, además de tratar sobre una materia que no ha sido objeto de una resolución judicial.

Este proceso de contenido constitucional, instaura una acción procesal destinada a proteger los valores y derechos constitucionales que seala el artículo 21 de la Constitución, ya que constituye, como señaló una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, “el poder jurídico del individuo de requerir de la jurisdicción, la prestación de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle afectivamente el goce de su estado de derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre (sentencia, del 2 de julio de 1981, confirmada por la Corte Suprema, el 10 de agosto de 1981; Revista Fallos del mes, núm. 273, p. 335).²⁵⁴

En el contexto latinoamericano existe un amplio consenso para caracterizar el *habeas corpus* como una acción garantizadora de la libertad personal en el contexto de los procesos constitucionales²⁵⁵ constituye “un verdadero proceso constitucional, con características especiales”, agregando: “Por medio de él, se analizan pretensiones que tienen reconocimiento constitucional, ante tribunales específicos con competencias precisas, y con el cumplimiento de formalidades especiales, se concluye en una resolución de cumplimiento obligatorio”.²⁵⁶

Todo lo que no debe confundirse por el hecho de que su regulación sea de carácter procesal penal (artículos 307 y ss., del Código de Procedimiento Penal).

Características procesales básicas de la acción de habeas corpus o amparo

- 1) *Sumariedad*. Esta característica implica que la acción debe resolverse lo más rápidamente posible. Por ello, todos los plazos

254 *Cit.* por Tavorari Oliveros, Raúl, *op. cit.*, p. 96, nota 150.

255 Eguiguren Praeli, Francisco, “La libertad individual y su protección judicial mediante la acción de *habeas corpus*”, *La Jurisdicción Constitucional*, Perú, Universidad Católica del Perú, pp. 275 y ss.; García Belaunde, Domingo, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Perú, Editorial y Distribuidora de Libros, t. I, p. 283; Tavorari Oliveros, Raúl, *op. cit.*, p. 1000; Verdugo, Pfeffer y Nogueira, *Derecho...*, *op. cit.*; Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 6a. ed., Brasil, 1990, p. 384 y Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos...*, *op. cit.*

256 García Laguardia, Jorge Mario, *Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala. El habeas corpus*, Guatemala, Editorial Cuadernos de Derechos Humanos, Procurador de los derechos humanos, 1991, p. 14.

y las resoluciones que se dicten deben tener plazos breves y generalmente, improrrogables.

- 2) *Celeridad*. Las resoluciones del tribunal competente deben ser inmediatamente acatadas y ampliadas, por los financieros públicos, por ejemplo, la sentencia que establezca la inmediata puesta en libertad del detenido o arrestado, o la presentación del detenido o arrestado ante el tribunal, etcétera.
- 3) *Inquisitivo*. Ya que el tribunal puede decretar de oficio todas las diligencias que le parezcan conducentes a su finalidad.
- 4) *Informalidad*. La acción no requiere de grandes solemnidades, basta ser presentada por escrito en papel simple, incluso por telégrafo u otro medio tecnológico más moderno, como puede ser el fax, aunque debe llenar un mínimo de requisitos (identificación del afectado, la situación y el presunto responsable).
- 5) *Amplísima posibilidad de establecer la acción*. La acción puede ser ejercida por el titular o cualquier otra persona, pero no es una acción popular, ya que, como señala Tavolari²⁵⁷ la titularidad substancial no es compartida, ya que los terceros no tienen interés personal directo en los resultados que se persiguen con dicha acción. En efecto, el titular que tiene interés personal directo puede desistirse de la acción de amparo o *habeas corpus*, lo que no podría hacerse en una acción popular, donde el tercero que accionó tiene también un interés personal directo protegido por el ordenamiento jurídico. Al efecto, Tavolari cita fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual resolvió que el interesado contra quien se ha dictado orden de prisión o detención puede desistirse del recurso o acción de amparo “aun cuando haya sido un tercero, quien lo haya interpuesto a su nombre”.²⁵⁸ Un ejemplo de acción popular en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 948 del Código Civil, el cual establece que “cualquier persona del pueblo tendr , en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para seguridad de los que transiten por ellos, los derechos concedidos a los dueños heredados o edificios privados, para que se demuela o enmiende una construcción”, lo que se refuerza con el artículo

257 *Op. cit.*, p. 112.

258 *Ibidem*, nota 185.

949 que determina que “las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados”.

- 6) *El fin puede ser preventivo o reparatorio, por regla general.* El fin puede ser reparatorio por buscarse “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, preventivo ya que protege contra cualquier otra “perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal o seguridad individual”.

A diferencia de lo que ocurre en otros países de América Latina, el *habeas corpus* es conocido en primera instancia en Chile por la Corte de Apelaciones y no por los tribunales ordinarios de primera instancia.

Cabe consignar como elemento interesante, en el caso de Guatemala, producto de la experiencia reciente de groseras violaciones a los derechos humanos, que los artículos 109 y 110 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y la Constitucionalidad, establecen un procedimiento especial para personas desaparecidas, en cuyo caso debe ordenarse de inmediato la pesquisa del caso; las autoridades de policía deben informar al tribunal, al procurador de los derechos humanos y a los interesados sobre las investigaciones realizadas en forma constante, hasta tener noticias ciertas del paradero de la persona. A su vez, el tribunal de exhibición personal, remitir informe de las diligencias y de toda novedad que sobrevenga a la Corte Suprema de Justicia. Por último, las diligencias no pueden ser sobreseídas ni se puede desistir de ellas mientras no se localice al detenido, procesado o preso.

A su vez, en materia de desaparición de personas, Chile ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de Belem do Paraná, Brasil, 1994, considerando tal convención que la desaparición forzada de personas constituye una “ofensa odiosa a la dignidad intrínseca de las personas” y “viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter indeneable”, constituyendo “un crimen de lesa humanidad”, considerando como desaparición forzada “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías

procesales pertinentes” (artículo II), lo que muestra un ilícito diferente de la “detención ilegal” con lo cual algunos tribunales homologan la desaparición forzadas de personas, la cual tiene una naturaleza y características muy diferentes. Por otra parte, la misma convención, en su artículo III señala que “los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito ser considerado como continuado y permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

V. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE NACIONALIDAD EN CHILE

Esta acción constitucional está regulada en el artículo 12 de la Constitución Política, el cual señala que “la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”.

La acción procede respecto de los actos o resoluciones de autoridad administrativa que prive de la nacionalidad o la desconozca. Esta acción no puede intentarse contra resoluciones judiciales dictadas en conformidad con el artículo 11, núm. 3 de la carta fundamental, como tampoco, respecto de leyes que revoquen la nacionalidad concedida por gracia de acuerdo con el artículo 11, núm. 5.

VI. LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL EN CHILE

La Constitución en el artículo 19, núm. 7, literal i), establece una acción de indemnización por error judicial cuando una persona hubiere sido sometida a proceso o condenada en cualquier instancia y luego fuere dictado sobreseimiento o sentencia absolutoria en la causa y luego la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria la primera re-

solución judicial, en cuyo caso el afectado tiene derecho a ser indemnizado por el Estado, por los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.

La indemnización es determinada judicialmente en proceso breve y sumario, y en él la prueba se aprecia en conciencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sealado que la expresiones “injustificadamente errónea o arbitraria”, consiste en una infracción de los deberes esenciales de un tribunal y además debe ser contradictoria con la razón y haberse decretado de manera irregular o caprichosa, careciendo rotundamente de motivación y racionalidad. La Corte Suprema ha sealado que si una resolución judicial, que después resulta errónea, se hubiere fundamentado en antecedentes que llevaron al juez a apreciar como hecho punible o como grado de responsabilidad un comportamiento que con posterioridad se determine que no es tal, el error producido en el auto de reo o en el fallo condenatorio sería razonable, no susceptible de indemnización alguna (fallos de la Corte Suprema del 11 de agosto de 1989, 16 de agosto de 1989, 5 de septiembre de 1989, 8 de junio de 1990).

VII. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Chile, el Tribunal Constitucional puede conocer sólo de la vulneración de derechos constitucionales a través del requerimiento que puede formular el presidente de la República, el Senado, la Cámara de Diputados o una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio, respecto de los proyectos de ley en tramitación legislativa antes de su promulgación, de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, respecto de los decretos con fuerza de ley o respecto de decretos del presidente de la República.

Este control de carácter normativo respecto de los tratados y los preceptos legales, se realiza en forma preventiva, mientras que respecto de los decretos con fuerza de ley y decretos supremos se realiza en forma represiva, dentro de plazos cortos señalados en cada caso, los efectos de las sentencias del tribunal constitucional producen efectos de cosa juzgada (artículos 81 y 82 de la Constitución).