



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bordalí Salamanca, Andrés; Cazor Aliste, Kamel
El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis
comparado con el recurso de protección chileno
Ius et Praxis, vol. 10, núm. 2, 2004, pp. 169 - 195
Universidad de Talca
Talca, Chile

Available in: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19710206>

- How to cite
- Complete issue
- More information about this article
- Journal's homepage in redalyc.org

redalyc.org

Scientific Information System
Network of Scientific Journals from Latin America, the Caribbean, Spain and Portugal
Non-profit academic project, developed under the open access initiative

Revista Ius et Praxis Año 10 Nº 2 : 169 - 195, 2004

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno

Juan Carlos Ferrada Bórquez (*)

Andrés Bordalí Salamanca ()**

Kamel Cazor Aliste (*)**

(*) Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

(**) Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

(***) Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Correos electrónicos: jferrada@uach.cl; abordali@uach.cl; kcazor@uach.cl

RESUMEN

En este trabajo los autores realizan un estudio comparativo entre el Recurso de Protección chileno y los procesos de amparo de derechos fundamentales en los ordenamientos mexicano, argentino y español, en particular contra actos de los órganos de la Administración del Estado. Para ello se aborda, en primer lugar, el estudio de algunos aspectos generales de estos procedimientos judiciales; luego se analiza las situaciones jurídicas subjetivas objeto de amparo en cada caso y la actividad administrativa sujeta a este control jurídico; posteriormente, se estudian las diversas pretensiones que se pueden deducir contra la Administración del Estado en este tipo de procedimientos; finalmente, se analizan algunos aspectos concretos

del procedimiento dispuesto para el Amparo. Este análisis permite distinguir estos procesos de amparo de los procedimientos ordinarios de control contencioso administrativo, estableciendo sus relaciones y diferencias conceptuales en el Derecho comparado.

Derechos fundamentales. Procesos de amparo. Contencioso administrativo

ABSTRACT

This article offers a comparative study of the Chilean recourse about violation of constitutional rights and their equivalents in the Mexican, Argentine and Spanish constitutional systems, with particular reference to the complaints against the administrative decisions. After a general overview of these judicial procedures, the article proceeds to analyze the legal cases for which the recourse is granted, and the types of administrative decisions subject to this control. Next, we study the different kinds of petitions available to complainants. Finally, procedural matters are analyzed in more detail. A distinction is proposed between these constitutional recourses and the ordinary control procedures against administrative decisions, and their relationships, and conceptual differences, are explored in light of Comparative Law.

Constitutional rights. Procedures to protect constitutional rights. Actions under administrative law

INTRODUCCIÓN

Es una práctica común en el Derecho chileno utilizar el denominado "Recurso de Protección" como un mecanismo ordinario de control contencioso administrativo, ante la falta de vías procesales ordinarias expeditas y eficaces por las cuales los ciudadanos puedan controlar la actividad de la Administración del Estado. Así, este instrumento de tutela de los derechos fundamentales que se encuentra regulado en el Art. 20 de la Constitución Política de la República de 1980 -en adelante CPR- y el auto acordado de la Corte Suprema de fecha 27 de junio de 1992, se erige como uno de los instrumentos procesales de mayor utilización ciudadana, en cuanto vía rápida y urgente para obtener tutela judicial frente a actos u omisiones

arbitrarias o ilegales, incluidas las provenientes de la Administración del Estado¹.

En las páginas que siguen analizaremos cómo opera este procedimiento y sus similares en el ámbito iberoamericano, cuando se trata de controlar a la Administración del Estado. En concreto, intentaremos comparar al Recurso de Protección chileno con el Juicio de Amparo mexicano, el Amparo argentino y el Amparo español, en cuanto procesos urgentes que permiten también, entre sus objetivos, controlar al poder público, siendo innegables sus parecidos con el proceso chileno, sirviéndoles éstos como modelos inspiradores. A estos efectos estructuraremos este trabajo en cinco apartados: el primero abordará algunos aspectos generales de estos procedimientos judiciales; luego analizaremos las situaciones jurídicas subjetivas objeto de amparo en cada caso; a continuación estudiaremos el tipo de actividad administrativa sujeta a este control jurídico; posteriormente nos referiremos a las pretensiones que se pueden deducir en cada caso contra la Administración del Estado en este tipo de procedimientos; finalmente, analizaremos algunos aspectos concretos del procedimiento dispuesto para el Amparo, en particular, el tribunal competente, la calidad jurídica en que actúa la Administración en el proceso, la compatibilidad del amparo con las vías contencioso administrativas ordinarias, las medidas cautelares procedentes y el efecto de cosa juzgada que se genera.

I. ANTECEDENTES GENERALES

No obstante que un sector doctrinal sostiene con muy buenos argumentos por lo demás que el Recurso de Protección tiene sus antecedentes más remotos en los primeros textos constitucionales de la República², parece evidente que con las características que ostenta actualmente, éste guarda un notable parentesco con los procesos de amparo de derechos fundamentales mexicano y argentino, los que son cronológicamente muy anteriores a nuestro proceso constitucional.

Así el Juicio de Amparo mexicano tiene sus orígenes en la Constitución de Yucatán de 1840, la que sirvió de inspiración al Acta de reformas de 1847, que incorporó este remedio procesal a la ya vigente Constitución de 1824 -restaurando su vigencia por esta vía-, dando vida a los principios y rasgos esenciales de éste². Posteriormente las Constituciones de 1857 y 1917 reiteraron en lo medular la normativa básica en esta materia, la que ha sido complementada por Leyes de Amparo de desarrollo, la última de las cuales de 1936 en adelante LA, reglamenta en forma extensa los diversos aspectos procesales de este juicio³.

Este Juicio de Amparo es establecido como un procedimiento constitucional dispuesto en el ordenamiento mexicano para tutelar los derechos de los individuos frente a actos de cualquier autoridad, ya sea que los vulneren directamente o producto de la infracción de las normas de reparto de competencias entre la Federación y los Estados federados y el distrito federal (Art.103 Constitución mexicana -en adelante CM). Esto hace que este procedimiento sea ampliamente

utilizado por los operadores jurídicos, no limitándose sólo a la tutela de derechos fundamentales, sino a toda controversia jurídica susceptible de discutirse judicialmente, transformándose en el instrumento esencial de la protección judicial de los derechos e intereses ciudadanos y de revisión de la actuación judicial de los tribunales inferiores, al margen de cualquier otro remedio procesal disponible⁴. En este contexto el amparo mexicano es un proceso con objetos múltiples, puesto que permite dar respuesta procesal a cinco pretensiones distintas, según el agravio que reciba el interesado en incoarlo. Así, existen procedimientos de amparos para impugnar la constitucionalidad de una ley; proteger la libertad personal y la seguridad individual (*Habeas Corpus*); casar las sentencias judiciales dictadas con infracción a normas procesales o sustantivas; revisar la juridicidad de los actos administrativos; y, en fin, controlar la legalidad de los actos de las autoridades en materia agraria⁵.

Ahora bien, pese a las objeciones que más adelante plantearemos, este procedimiento goza de un amplio reconocimiento por la doctrina publicista mexicana, al grado de considerársele una de las creaciones jurídicas aztecas de mayor valor y perfección al Derecho contemporáneo⁶. Lo anterior se refleja en el amplio respaldo con que cuenta esta institución en la doctrina más autorizada y la casi nula crítica que existe sobre la misma, salvo aquella que aboga por una expansión mayor aún de su operativa⁷, con clara alteración de los mecanismos procesales ordinarios de tutela judicial de los derechos. Esto parece explicarse por una cierta desconfianza en el medio jurídico mexicano a la actividad de los tribunales locales⁸, habilitándose el Juicio de Amparo como el instrumento de revisión y control en última instancia de los tribunales federales de todas las sentencias de aquellos.

En el caso argentino, el Amparo tiene sus antecedentes históricos en 1957, con el denominado fallo "Siri" pronunciado por la Corte Suprema de Justicia, doctrina que luego fue profundizada en el año siguiente con el fallo "Kot". En efecto, hasta el año citado, el único derecho fundamental que recibía tutela judicial de urgencia era el derecho a la libertad física o corporal, por medio del procedimiento de *Habeas Corpus* que expresamente reconocieron los distintos textos constitucionales argentinos⁹, no gozando los otros derechos fundamentales de una tutela procesal privilegiada y urgente. Sin embargo, cuando en el año 1957 Ángel Siri, propietario del diario *Mercedes*, solicitó que se dejara sin efecto la orden de clausura de su diario a fin de ampararlo en sus derechos a la libertad de imprenta y trabajo, la Corte Suprema, conociendo de recurso extraordinario, afirmó que restringido ilegítimamente un derecho constitucional "[...] basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias [...]"¹⁰.

Así creado judicialmente el Amparo, el legislador argentino no tardó en regular el procedimiento para su conocimiento por los tribunales de justicia, tanto en el ámbito nacional con la Ley N 16.986 del año 1966, como en algunas Constituciones y legislaciones provinciales. El paso siguiente fue su constitucionalización con la reforma del año 1994, reconociéndolo la Constitución argentina -en adelante CA- en su Art. 43¹¹⁻¹².

Sin duda el caso mexicano fue tomado muy en cuenta por el constituyente español de 1978¹³ en adelante CE al establecer, con carácter general, una facultad de los ciudadanos para recabar la tutela jurisdiccional de sus derechos y libertades fundamentales, tanto en la jurisdicción ordinaria (Recurso de Amparo ordinario) como en la constitucional (Recurso de Amparo extraordinario)¹⁴. La particularidad de este sistema es que, como todos los demás derechos, los derechos fundamentales son defendibles ante la jurisdicción ordinaria, ejercitando así el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵, entregado además a la jurisdicción constitucional la protección final de éstos, cerrando de esta manera el círculo de garantías que la Constitución dispone para asegurar la eficacia de tales derechos subjetivos¹⁶.

De este modo, el Recurso de Amparo ordinario tiene lugar ante órganos jurisdiccionales distintos de la jurisdicción constitucional la justicia ordinaria, estableciéndose por el constituyente que el procedimiento legal en que se conocen estos asuntos deberá estar basado como indica el Art.53.2 CE en los "principios de preferencia y sumariedad". Esto se concreta legislativamente en la todavía provisional Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, pero que en el ámbito contencioso administrativo se particulariza en el procedimiento especial previsto en el Título V, Art. 114 a 122, de la Ley 29/1998 sobre Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), sin perjuicio de la posibilidad de hacer valer estos derechos en el procedimiento ordinario previsto en la misma Ley¹⁷. A su vez, el Recurso de Amparo extraordinario tiene lugar ante el Tribunal Constitucional, cuya regulación concreta se encuentra en la Ley Orgánica de este Tribunal (en adelante LOTC)¹⁸. Sin duda, este doble mecanismo de defensa de estos derechos genera algunos problemas de articulación entre ambos órdenes jurisdiccionales, lo que se resuelve a juicio de la doctrina¹⁹ por aplicación del principio de supremacía entre los tribunales en la protección de estos derechos y en la interpretación constitucional (Art.123.1 CE).

II. SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS OBJETO DEL AMPARO

En nuestro Derecho, el Art.20 CPR establece taxativamente las situaciones jurídicas subjetivas que recibirán amparo mediante el Recurso de Protección, disponiendo que éste alcanza a ciertos y determinados derechos fundamentales

establecidos en el Art. 19 de la misma Carta, excluyendo así a aquellos derechos fundamentales de contenido económico y social de carácter prestacional, además de la libertad personal y seguridad individual (estos últimos cubiertos por el *Habeas Corpus* establecido en el Art.21 CPR). De este modo, el constituyente chileno intentó cerrar en un *numerus clausus* los derechos posibles de amparar por este proceso constitucional, lo que evidentemente ha sido alterado por la práctica jurisprudencial, la que por vía de una interpretación extensiva de ciertos derechos fundamentales en especial, del derecho de propiedad y de igualdad ante la ley, convirtiéndolos en verdaderas cláusulas generales de contenido jurídico indeterminado a permitido recurrir ante los tribunales de justicia contra cualquier acto ilegal o arbitrario que ponga en entredicho un beneficio particular²⁰. Ello se ha extendido incluso a la tutela de situaciones jurídicas subjetivas que pueden ser catalogadas como intereses legítimos, como el relativo a vivir en una naturaleza preservada, a la conservación de las tradiciones culturales o de las creencias o imágenes religiosas, situaciones que, en estricto rigor, no deberían estar amparadas por el Recurso de Protección.

En el Derecho comparado tomado como referencia en este estudio, la tutela urgente vía amparo, en principio, también se limita a los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución, aunque la interpretación jurisprudencial ha ampliado considerablemente su cobertura, extendiéndolo a derechos no previstos expresamente en la preceptiva legal. Así, tanto en el Derecho mexicano como en el Derecho español, se establece con toda claridad, en preceptos constitucionales precisos, los derechos fundamentales o "garantías" como señalan imperfectamente las Constituciones chilena, mexicana y argentina²¹ objeto de esta especial protección constitucional (Art.103 fracción I CM en relación a Art.1 al 29 y Art.53.2 CE en relación a Art.14 a 29)²². No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha ampliado en forma paulatina este ámbito, en particular, en el caso mexicano y sin perjuicio de su carácter residual en ausencia de procedimiento judicial específico y ágil de impugnación de un acto administrativo, como se verá oportunamente a partir, especialmente, de una interpretación amplia del derecho al debido proceso legal (Art.14 y 16 CM)²³ y, en el caso español, del derecho a obtener a una tutela judicial efectiva (Art.24.1 CE) y otros derechos relacionados con los protegidos expresamente en la Carta Fundamental²⁴. Esto ha permitido, en la práctica, ampliar el control de constitucionalidad de los actos de las autoridades administrativas y judiciales de todos los órganos de los Estados federados de la Unión salvo aquellos que la Constitución o la Ley excluye expresamente., adquiriendo en muchos casos el carácter de un control de juridicidad constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de las autoridades públicas.

Esto último es criticado en buena parte de la doctrina española, ya que, como acertadamente se señala, la tutela jurisdiccional tiene, en el caso del Amparo, un carácter especial, en la que al tribunal sólo cabe pronunciarse sobre las lesiones de los derechos fundamentales estrictamente considerados; por lo que no es

posible extender el enjuiciamiento a otras cuestiones colaterales o, incluso, implícitas relacionadas con ellos²⁵. En otros términos, se trata de una forma de cognición limitada o específica centrada exclusivamente en los derechos fundamentales, de modo que toda cuestión relativa a derechos subjetivos u otras posiciones jurídicas subjetivas deberían resolverse por las vías procesales ordinarias²⁶.

En el Derecho argentino la situación es algo distinta a la antes expuesta, ya que la Constitución en este caso no establece un *numerus clausus* de derechos amparados, sino que extiende a aquellos "derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley" (Art.43 CA), lo que genera algunas dudas sobre el alcance de la tutela judicial de urgencia vía amparo. Así, para un sector de la doctrina argentina, siguiendo el tenor literal del precepto, no es posible delimitar cuáles de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico son objeto del amparo constitucional más aún cuando todos derivan de la misma Constitución, por lo que todos ellos deberían gozar de esta especial protección²⁷. Otros en cambio, basados en una interpretación más restrictiva del citado Art.43, sostienen que la protección procesal especial se extiende sólo a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución o reconocidos en los tratados y convenciones con jerarquía constitucional, pudiendo la ley sólo regular su ejercicio, pero no ampliar el catálogo de derechos²⁸. Además, añaden, seguir una interpretación que incluya otros derechos, desnaturaliza el amparo como tutela urgente de los derechos fundamentales de los ciudadanos, convirtiéndolo en un mecanismo procesal ordinario de escasa relevancia y preponderancia en el sistema jurídico²⁹.

El panorama antes descrito se complica aún más si se analiza la tendencia expansiva que se hace de los derechos fundamentales y, por consecuencia, de esta vía procesal extraordinaria, a posiciones jurídicas subjetivas distintas de derechos fundamentales propiamente tales, extendiéndose a meros intereses jurídicos. Así, en el Derecho mexicano, la doctrina dominante postula una ampliación mayor del Juicio de Amparo, extendiéndolo precisamente a los intereses difusos y colectivos³⁰, lo que la doctrina argentina considera ya cumplido con la referencia general que hace el Art. 43 CA a la tutela de cualquier forma de discriminación y de los derechos relativos al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, y a todo derecho de incidencia colectiva en general³¹. No obstante, es preciso señalar que, contrariamente a lo sostenido por los autores argentinos citados, la disposición constitucional no se extiende a los "intereses" jurídicos propiamente tales, sino a derechos de carácter difuso o colectivo, lo que es bien distinto desde un punto de vista dogmático³². En el caso español la situación es claramente distinta, ya que el concepto de "interés" que utiliza el constituyente por todos, Art.162 CE, es diametralmente diferente del utilizado hasta aquí posición jurídica sustancial específica y distinta de un derecho fundamental, y se refiere a la especial situación con que un sujeto se encontraría

respecto de un derecho subjetivo o libertad fundamental, lo que no es obstáculo en palabras del Tribunal Constitucional para acceder a la tutela judicial extraordinaria del Amparo constitucional³³.

En suma, como podemos observar, si bien los procesos constitucionales de amparo fueron establecidos como mecanismos extraordinarios para tutelar exclusivamente ciertos y determinados derechos, se aprecia una ampliación progresiva de éstos, ya sea por la vía de la interpretación extensiva de los mismos, ya por la reforma directa del texto constitucional incorporando nuevos derechos e intereses. Esta tendencia, que también se aprecia en nuestro Derecho, lleva no obstante a un debilitamiento progresivo del núcleo duro de derechos fundamentales protegidos, rompiendo con la excepcionalidad de este proceso constitucional y transformándolo, cada vez más, en un proceso ordinario de tutela de distintas posiciones jurídicas subjetivas.

III. ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO SUJETA A CONTROL POR EL AMPARO

En relación al tipo de actos impugnables por estos procesos constitucionales de amparo de derechos fundamentales, en nuestro Derecho se admite la procedencia del Recurso de Protección frente a cualquier tipo de acto u omisión, siempre y cuando ellas supongan la privación, perturbación o amenaza de alguno de los derechos constitucionales garantizados por el Art.20 CPR y, además, tengan el carácter de arbitrarios o ilegales. Así, en el caso de los actos propiamente tales, se debe entender que son susceptibles de control judicial por esta vía procedimental, tanto los actos administrativos formales -en el sentido amplio que señala el Art.3 Ley de Bases de Procedimiento Administrativo³⁴-, como las actuaciones materiales o hechos administrativos, en la medida que importen una vulneración de un derecho constitucional. Así podrán impugnarse a través de este amparo, entre otros, actos sancionatorios, denegatorios o declarativos de derechos o beneficios o derechos³⁵, correspondiendo al recurrente, en todo caso, probar el carácter ilegal o arbitrario que tiene el mismo en la situación concreta.

En cuanto a las omisiones, pese a que el derecho de petición (Art.19 N14 CPR)³⁶ no se encuentra amparado por el Recurso de Protección, en general se ha estimado que ellas hacen procedente el Recurso de Protección, en la medida que vulnera un derecho constitucional específico y aún, en ciertos casos, por la mera infracción al derecho a la igualdad ante la ley (Art.19 N2 CPR). En todo caso, esta omisión susceptible de impugnarse por este proceso constitucional puede provenir ya, de la falta de pronunciamiento de la Administración³⁷, infringiendo un plazo establecido por la ley, ya de la simple tardanza a la petición presentada por un ciudadano más allá de lo razonable. En el primer caso, la omisión se considera ilegal, en cambio en el segundo es arbitraria, pero ambas harán procedente, en principio, el Recurso, debiendo la Corte ordenar a la Administración a actuar sin decidir el fondo de la petición del ciudadano planteado a la Administración. Lo

anterior es, evidentemente, sin perjuicio de que opere el silencio administrativo positivo y negativo en los casos especiales establecidos por la ley, mecanismo que el legislador ha extendido recientemente a todas las actuaciones administrativas mediante su regulación general en la Ley N19880³⁸.

La situación en el Derecho comparado tomado como referencia es bastante similar. Así el Amparo con las especificidades que tiene este proceso constitucional en cada ordenamiento es procedente frente a todo acto u omisión de la autoridad administrativa (Art.43 CA, 107 fracción IV CM y Art.43.1 LOTC), entendiendo bajo esta acepción a los actos administrativos formales y las simples vías de hecho, por un lado y, por otro, las omisiones, particularmente cuando éstas supongan una clara infracción a una norma jurídica legal o reglamentaria y además lleven envuelta una vulneración de un derecho fundamental³⁹. En este último punto la doctrina argentina es especialmente cuidadosa, exigiendo para la procedencia del Amparo el incumplimiento de un deber concreto y específico establecido en el ordenamiento y, además, dicha infracción tenga una entidad suficiente para lesionar directa e inmediatamente un derecho fundamental⁴⁰. Lo anterior es sin perjuicio del "amparo por mora de la Administración" frente a la inactividad administrativa, que permite obtener un mandato judicial de pronto despacho, en los casos en que la Administración ha transgredido los plazos legales o reglamentarios para su actuación⁴¹.

Hace excepción a la regla anterior, en el Derecho argentino, los denominados actos de soberanía, entendiendo por tales a "aquellos que condensan y agotan el ejercicio de un poder insusceptible de admitir la existencia de otro superior y que por esa razón escapan a la posibilidad de control por otro órgano"⁴², como sucede con la declaración de guerra o de paz, la firma de un tratado internacional, declaración de estado de sitio, el juicio político, entre otros, lo que no impediría, a juicio de Rivas⁴³, el control jurisdiccional de la aplicación concreta del acto de soberanía, como podría ser el control sobre una detención de una persona durante el estado de sitio, entre otras situaciones.

IV. PRETENSIONES QUE SE PUEDEN DEDUCIR CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO VÍA AMPARO

Como se sabe, en el Recurso de Protección chileno no se establecen, en principio, limitaciones en cuanto a las pretensiones que pueden hacer valer las partes, más aún cuando se habilita al Tribunal para disponer todas las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del Derecho y proteger a los afectados por el acto u omisión ilegal o arbitrario. En este sentido, el sujeto activo del Recurso no sólo podrá solicitar la anulación, con efectos generales, del acto administrativo u omisión que vulnera su derecho -lo que será la regla general en nuestro Derecho⁴⁴-, sino también la mera suspensión temporal de éste o la declaración de

la existencia de un derecho⁴⁵. Aún más, algunos autores⁴⁶ sostienen que por esta vía incluso se podría solicitar expresamente la declaración de los daños en que ha incurrido la Administración con su actuar, sin llegar a determinar, evidentemente, el monto de los perjuicios en el caso concreto.

En el Derecho comparado, el Amparo, obviamente, también tiene por objeto principal tutelar a los ciudadanos en el goce de sus derechos fundamentales, por lo que la tutela judicial deberá estar destinada al cese del acto jurídico o material dañoso y la adopción de todas las medidas que permitan restituir a la persona el goce de sus derechos, retrotrayendo las cosas, en lo posible, al estado anterior al que se produjera la infracción. Así, el tribunal al igual que en el caso chileno podrá ordenar la anulación del acto administrativo incluyendo la nulidad de las actuaciones judiciales en el caso del denominado "amparo para efectos" del Derecho mexicano, la declaración de ilegitimidad de la omisión, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma (Art.114.2 y 31 y 32 LJCA)⁴⁷.

No obstante lo expuesto, en el caso de impugnación de normas legales o reglamentarias actuaciones que, como sabemos, también pueden ser objeto de impugnación a través de este proceso constitucional la situación presenta algunas particularidades, ya que en el Derecho mexicano la sentencia judicial sólo tiene efectos relativos -denominada doctrinalmente "fórmula Otero"⁴⁸-, lo que transforma la anulación en una mera inaplicabilidad de la norma al caso concreto⁴⁹. Ello diametralmente distinto a lo que ocurre en el Derecho argentino y español, donde la sentencia tiene efectos generales, expulsando del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, en la medida que es contraria a un precepto de la Constitución que reconoce y garantiza un derecho fundamental⁵⁰.

Por último, también se presentan algunas diferencias en el derecho comparado en materia de declaraciones de daños u otras materias conexas, ya que en el Derecho argentino y mexicano se establece claramente que toda otra pretensión contra la Administración del Estado deberá buscarse por las vías procesales que correspondan⁵¹, lo que difiere del Derecho español, en el que se contempla expresamente alcance que como ya se dijo sigue una parte de nuestra doctrina la posibilidad de exigir en el mismo proceso de amparo ordinario la indemnización de los daños y perjuicios (Art. 114.2 y 31 y 32 LJCA).

V. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO

a. Tribunal Competente

De conformidad con lo dispuesto en los Art. 20 CPR y 63 N2 b) del Código Orgánico de Tribunales, corresponde a las Cortes de Apelaciones respectivas conocer, en primera instancia, de los recursos de protección. Esta opción bastante

peculiar del constituyente de 1980 supone excluir a los jueces de primera instancia, que se encuentran precisamente en la base de la pirámide judicial y que conocen regularmente de los conflictos jurídicos sometidos a conocimiento de los tribunales, de los asuntos en que se encuentren involucrados derechos fundamentales. Tal alteración a la regla general pareciera descansar en una desconfianza del constituyente en los jueces letrados de primer grado, lo que podría estar motivado en la sensibilidad de los asuntos juzgados por este proceso constitucional, como en los actores que normalmente participan en este tipo de conflictos.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de la Corte de Apelaciones "respectiva" a que alude la disposición constitucional, ni la Constitución ni la ley establecen una regla competencial en este sentido⁵². Sin embargo, el auto acordado de la Corte Suprema del año 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, establece en su numeral 1 que la Corte competente es aquella en cuyo territorio asignado por la ley se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasiona la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales correspondientes.

Esta singular opción judicial del constituyente de 1980 es sin duda distinta de lo establecido en el Derecho comparado, el que parece responder en forma mucho más coherente con los principios generales del Derecho procesal. Así, en el Derecho argentino y español en el Amparo ordinario, el tribunal competente es el juez de primera instancia (Art.4 Ley N 16.986) y el juez contencioso-administrativo que corresponda (Art.9 Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial y 2, 6 y 114 y ss LJCA)⁵³. Lo anterior debe entenderse, evidentemente, sin perjuicio de la atribución general que tiene el Tribunal Constitucional para conocer del Amparo extraordinario, previo agotamiento de las vías judiciales ordinarias (Art.43.1 LOTC), en su calidad de "intérprete supremo de la Constitución" (Art.1 LOCT).

No obstante lo expuesto, en el Derecho argentino⁵⁴ esta opción del legislador no ha sido pacífica, existiendo alguna polémica en cuanto a la determinación del tribunal que es competente para conocer del amparo. Así, en algunos casos, se ha sostenido que debe atenderse al derecho por el que se pide amparo, atribuyendo competencia absoluta en atención a la materia objeto del amparo. En cambio otros autores sostienen que como se trata de tutelar

La situación en el ordenamiento mexicano es un poco más compleja y pudiera, al menos en parte desconfianza de los tribunales de los estados federados ubicados en la base de la estructura judicial, inspirar la opción seguida por el legislador chileno, aun cuando la estructura federal del sistema político es un componente determinante de la competencia judicial de los tribunales. En efecto, la determinación del tribunal competente depende del tipo de actuación que se impugna y el procedimiento seguido para ello. Así, en principio debe señalarse que existen diversos órganos jurisdiccionales competentes para conocer del Juicio de

Amparo, correspondiéndole en primer lugar a los Tribunales de la Federación la resolución de estos asuntos (Art.103 CM) y, excepcionalmente, a los tribunales superiores de justicia de los Estados y los jueces comunes o de primera instancia, en los casos de jurisdicción concurrente -en materia penal- o auxiliar, respectivamente (Art. 107 fracción XII CM).

En cuanto a los primeros los Tribunales de la Federación, a éstos les corresponden el conocimiento de los Juicios de Amparo, ya sea como Amparo indirecto como directo, interponiéndose la demanda directamente ante aquellos (Art. 86 LA). Así en el caso del Amparo indirecto, el asunto deberá ventilarse ante un juez de distrito especializado o de competencia común, según el caso, siendo el órgano de primera instancia en este ámbito (Art.107 fracción VII CM y 114 LA). De su resolución conoce en segunda instancia el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente (Art.107 fracción VIII CM y 85 LA), misma autoridad judicial a la que le corresponde el conocimiento de los Amparos directos o en única instancia que contempla el ordenamiento mexicano y que es procedente contra las decisiones de los tribunales administrativos o judiciales en materia administrativa (Art.107 fracción V CM y 158 LA). Extraordinariamente corresponderá el conocimiento de estos mismos asuntos a la Suprema Corte de Justicia, en aquellos casos en que se trate de analizar la constitucionalidad de una ley, la interpretación directa de un precepto constitucional o se haga uso de la "facultad de atracción" que establece la Constitución (Art.107 fracciones V y VIII CM y 84 LA)⁵⁵.

b. Calidad de la Administración en el procedimiento de Amparo

En el Derecho chileno, en el denominado Recurso de Protección, como en todo proceso, existe claramente una pretensión que se dirige frente a un sujeto pasivo, que es quien con un acto u omisión ha vulnerado el derecho fundamental del actor. Ahora bien, si es la Administración del Estado la que ha vulnerado el derecho del demandante, ella será el sujeto pasivo contra el que se deberá presentar la demanda de amparo del derecho privado, perturbado o amenazado, puesto que será aquella la que, de acogerse la demanda, deberá dar, hacer o no hacer algo en favor del actor. Estaríamos en presencia, por lo tanto, de un contradictorio entre partes, donde el órgano de la Administración estatal asumiría normalmente el rol de demandada en el caso concreto.

Así, a nuestro juicio, el principio de contradicción se encontraría meridianamente reconocido en este proceso, puesto que el tribunal según establece el auto acordado de la Corte Suprema (Art.3), admitida a tramitación la demanda, debe solicitar un informe, por la vía que estime más rápida y efectiva, a la persona o personas, funcionarios o autoridad que, según el contenido de la demanda de protección o en concepto del propio tribunal, sean los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal que haya podido producir una vulneración al derecho fundamental del actor. El tribunal fijará un plazo breve y perentorio para emitir el informe por el sujeto pasivo "personas, funcionarios u órganos del Estado", pudiendo incluso hacerse parte del proceso constitucional respectivo (Art.3 y 4 del

auto acordado ya citado). Precisamente estas dos últimas notas vienen a materializar el principio de la bilateralidad de la audiencia, haciendo incontrarrestable, a nuestro juicio, la calificación de verdadero proceso a la vía jurisdiccional espacial de protección de los derechos fundamentales dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁶.

La posición anterior aparece confirmada por el Derecho comparado de referencia, donde la doctrina sostiene en forma unánime la existencia de un contencioso en los procesos de amparo, reconociendo el contradictorio evidente entre el particular recurrente y el órgano estatal recurrido con las restricciones legales establecidas en el ordenamiento⁵⁷ y supuesto infractor del derecho fundamental invocado. Ello es evidente en el Derecho mexicano desde el momento en que el procedimiento específico es denominado "Juicio de Amparo", regulándose el contradictorio a partir de tal identificación, lo que también se extiende al Derecho español y argentino. En este último caso, si bien en la doctrina y jurisprudencia trasandinas se presentaron algunas dudas en un comienzo, hoy existe un relativo consenso en que el amparo da origen a un proceso⁵⁸ y, obviamente, una contienda entre partes⁵⁹. Se trata en la especie, según sostiene la doctrina más citada, de un proceso de naturaleza constitucional y urgente, y cuando el sujeto pasivo es la Administración del Estado, se podrá hablar de un proceso constitucional administrativo urgente⁶⁰.

Ahora bien, no obstante lo anterior, paradójicamente parte importante de la doctrina chilena⁶¹ niega expresa o tácitamente que con el Recurso de Protección se articule un contradictorio entre partes, por lo que habría que concluir que cuando se interpone este recurso contra la Administración del Estado, ésta no asumiría el rol de parte demandada. Sin embargo, la práctica judicial cotidiana demuestra en forma palmaria lo contrario, en que el sujeto pasivo de la demanda de protección incluida la Administración del Estado, cuando informa el recurso, no hace sino contestar la demanda, en términos de contradecir la pretensión del actor. Aún más, es normal observar en estos informes que el sujeto pasivo solicita en definitiva que se rechace el recurso, con condenación en costas del recurrente inclusive.

Una cuestión polémica en esta materia es si los órganos de la Administración del Estado pueden ser sujetos activos de este tipo de procesos, es decir, si las personas jurídicas de Derecho público son titulares de derechos fundamentales y pueden solicitar su protección a través de estos procedimientos de amparo incluso frente a otros órganos del Estado. Tal interrogante en el Derecho chileno parece resuelta, ya que según la doctrina más autorizada⁶², la Administración puede perfectamente asumir la calidad de sujeto activo en el Recurso de Protección, en la medida que, según se señala, la protección constitucional de los derechos alcanza a toda persona, incluyendo las personas jurídicas de Derecho público y privado y aún las meras agrupaciones de personas. Así se han presentado casos en que un

órgano de la Administración ha recurrido en amparo de sus derechos e impugnando la legalidad de una acción u omisión de otra autoridad administrativa, lo que ha sido admitido sin objeciones por los tribunales de alzada⁶³, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la titularidad de ciertos derechos fundamentales⁶⁴.

En el Derecho comparado la cuestión es más debatida, ya que no obstante admitirse en principio tal posibilidad al no restringirse su aplicación sólo a las personas naturales (Art. 43 CA y 10 CE), se plantean algunas aprehensiones para su extensión a las personas jurídicas de Derecho público, ya que no parece razonable reconocer un mecanismo urgente de tutela de derechos fundamentales a la propia autoridad encargada precisamente de su protección y realización, más aún cuando los órganos estatales son titulares más bien de potestades que de derechos⁶⁵. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la legitimación directa que tienen en el Derecho español el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal para interponer el Amparo ante el Tribunal Constitucional (Art.46.2 LOCT), lo que aparentemente puede extenderse al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales establecido en la LJCA⁶⁶.

c. Compatibilidad del amparo con las vías contencioso-administrativas ordinarias

Como se sabe, en el Derecho chileno el denominado "Recurso de Protección" se ha transformado en un mecanismo general de impugnación de los actos administrativos, teniendo como punto de partida la ya aludida interpretación amplia de los derechos fundamentales⁶⁷. Ello lleva a que un importante sector doctrinal sostenga⁶⁸ a que este proceso constitucional es un verdadero "contencioso administrativo ordinario general" que reemplaza la inexistencia de éste y aún se impone o coexiste con otros especiales que consagra nuestro ordenamiento. Esto se reafirma con la expresión "sin perjuicio de los demás derechos que [el afectado] pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", que establece el Art. 20 CPR, lo que ha sido interpretado mayoritariamente por nuestros tribunales aunque con vacilaciones⁶⁹ como una cláusula general que admite la compatibilidad de este proceso constitucional con otros procedimientos ordinarios o especiales que prevé el mismo ordenamiento⁷⁰.

Este enfoque es también seguido en parte en el Derecho comparado, constituyéndose el proceso de amparo en un mecanismo subsidiario de los procedimientos generales o especiales establecidos. Así en el Derecho argentino, la mayoría de la doctrina siendo probablemente desde donde la tomó la doctrina chilena, a partir de lo señalado en los Art.2 de la Ley N 16.986 y 43 CA, reconoce este carácter residual del amparo, aun cuando las propias normas citadas contienen alguna discrepancia en cuanto al alcance de éste⁷¹. Algo similar ocurre en el Derecho mexicano con el Juicio de Amparo que, en materia administrativa,

tiene expresamente un carácter supletorio de los procedimientos judiciales especiales, constituyéndose en un verdadero sustituto del contencioso administrativo en ausencia de éstos ⁷²o, existiendo, no establezcan la posibilidad de suspender el acto reclamado o dispongan requisitos adicionales o más gravosos para ello (Art.107 fracción IV y 73 fracción XV LA) ⁷³.

Lo anterior es, evidentemente, sin perjuicio del carácter revisor por infracción a los derechos fundamentales de contenido procesal de los procedimientos y actuaciones judiciales que ostenta el Juicio de Amparo en México, a través del denominado amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, y del Recurso de Amparo español ante el Tribunal Constitucional ⁷⁴, en que el agotamiento de las instancias y recursos previos como presupuesto procesal de su iniciación es un requisito *sine qua non* para su procedencia ⁷⁵. No obstante, en el caso del Derecho hispano este agotamiento previo de las vías procesales ordinarias exige un planteamiento expreso y directo de la vulneración constitucional ante la justicia ordinaria, sea a través del procedimiento especial preferente y sumario establecido en la LJCA o a través del procedimiento ordinario o común de impugnación de los actos administrativos, los que incluso podrán seguirse conjuntamente ya que persiguen finalidades distintas ⁷⁶.

No obstante lo expuesto, a nuestro juicio, en el Derecho chileno en virtud de la regulación constitucional establecida no es posible afirmar en términos tan genéricos el carácter residual y subsidiario del Recurso de Protección, ya que ello llevaría aparejado una confusión entre la especialidad de la materia que aborda y la subsidiariedad del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En efecto, el Recurso de Protección es en el Derecho chileno una vía principal y no residual de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales no existe otra vía especial para ello, como sería el caso del Derecho español, según ya vimos, procedente aun cuando después de instado el mismo, se incoen otros procedimientos ante otros tribunales o autoridades para impugnar una decisión administrativa ⁷⁷. Cuestión distinta es si además de la vulneración de tales derechos, la acción u omisión administrativa infringe normas legales o reglamentarias, pudiendo impugnarse en tal caso, a través de los procedimientos ordinarios o especiales previstos en el ordenamiento jurídico.

Esta última posición es precisamente la sostenida por un sector de la doctrina argentina ⁷⁸, al señalar que el amparo procedería aun cuando existan procedimientos judiciales que, en abstracto, puedan dar tutela a los derechos fundamentales necesitados de amparo, si el desarrollo de tales procesos, en la práctica, demuestre que puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular de los derechos afectados ⁷⁹. De este modo, el amparo no tendría un carácter subsidiario, sino que tendría un espacio propio, o dicho en otras palabras, "no hay entre uno y otros relación de principalidad o subsidiariedad, sino de correlación de funciones" ⁸⁰. Lo anterior permite afirmar a la misma doctrina trasandina que en el

ámbito específico de los asuntos contencioso administrativos, esta subsidiariedad no es admisible, ya que el amparo no es como se ha pretendido sostener en Chile en buena parte de la doctrina y la práctica jurisprudencial un contencioso-administrativo más, sino un proceso de carácter constitucional y urgente, aun cuando pueda ser dirigido contra la Administración del Estado. En este sentido Sammartino⁸¹ sostiene razonamiento que perfectamente se puede extender a nuestro Derecho y que en el fondo también recoge la legislación española (LJCA) al distinguir entre procedimiento contencioso administrativo ordinario y el especial de protección de derechos fundamentales que hay que diferenciar claramente el amparo del proceso contencioso-administrativo, puesto que si bien en ambos casos se está frente a contenciosos, el amparo está imbuido por la materia constitucional, en este caso determinado por la protección de los derechos fundamentales reconocidos por el bloque de constitucionalidad argentino y las leyes que lo desarrollan. En cambio, en el contencioso-administrativo, se requiere simplemente la violación de un derecho subjetivo de carácter administrativo⁸², es decir, un derecho subjetivo de naturaleza no fundamental⁸³.

d. Medidas cautelares en el procedimiento de Amparo

No obstante que el procedimiento de Amparo es normalmente un mecanismo ágil y expedito de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a menudo será necesario una respuesta inmediata a la petición del ciudadano, que sin resolver el fondo de la cuestión controvertida aspecto sobre el que precisamente tratará el proceso de amparo, suponga la paralización de los efectos perniciosos que llevaría envuelta la ejecución de la decisión administrativa impugnada. Estas respuestas procesales, denominadas doctrinalmente "medidas cautelares", son inherentes a la actividad jurisdiccional⁸⁴ y tienen por objeto asegurar el cumplimiento del eventual fallo favorable y así éste no se haga infructuoso o, producto de la tardanza, sea inútil.

En este contexto, en el Derecho chileno esta potestad cautelar de los tribunales opera también en el proceso de Protección lo que de paso confirma, como lo sostiene la doctrina argentina⁸⁵, el carácter autónomo y urgente de tutela de derechos fundamentales este proceso y no cautelar⁸⁶, estableciendo el propio auto acordado de la Corte Suprema (Art.3 inciso 4) que "el Tribunal cuando lo juzgue convenientes para los fines del recurso, podrá decretar "orden de no innovar", disposición similar a la existente en el Derecho argentino (Art.15 Ley N 16.986)⁸⁷ y mexicano (Art. 107 fracción X y XI y Art.122 a 144 y 170 a 176 LA)⁸⁸. Esta medida tiene por objeto suspender los efectos del acto administrativo impugnado, aun cuando es bastante discutido doctrinalmente los alcances anulatorios que esta medida judicial provoca en las gestiones o actuaciones ya realizadas, es decir, si ella opera como una suspensión o tiene un alcance más restrictivo⁸⁹.

Cuestión aparte es determinar si es admisible la procedencia de otras medidas

cautelares distintas a la mera suspensión del acto, situación no menor en el caso de vulneración de derechos fundamentales por omisión de la Administración. Esto se encuentra resuelto positivamente, por ejemplo, en el Derecho español, no existiendo limitación para que los interesados soliciten, en cualquier estado del proceso, cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia (Art.129 LJCA). No ocurre así en otros ordenamientos desde luego el nuestro, aunque ello también corre para el Derecho argentino y mexicano, donde la referencia expresa de la norma a la orden de no innovar y la suspensión impedirían, en principio, la procedencia de otras medidas, cuestión que es rechazada enérgicamente por un importante sector doctrinal⁹⁰.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de procedencia de estas medidas cautelares, la doctrina procesal comparada está conteste en exigir ciertos presupuestos típicos, los que se conocen como *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y contracautela⁹¹. Estos aparecen recogidos parcialmente en forma expresa en algunos ordenamientos (Art.124 LA mexicana⁹² no obstante la crítica doctrinal exigiendo la necesidad de establecer más claramente la concurrencia del requisito de "apariencia de buen derecho", cláusula no recogida hasta ahora por la jurisprudencia mexicana y 56.1 LOTC y 130 LJCA españolas), sujetando en forma estricta su concurrencia para la concesión de la medida. Así, en el Derecho español la medida cautelar sólo procederá, en principio, cuando la ejecución pudiere ocasionar un perjuicio que hiciera perder al recurso su finalidad, salvo que de ello pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos e intereses de terceros⁹³. Con ello, la presunción a favor de la suspensión del acto desaparece, quedando remitida la decisión a una valoración judicial en la que la preponderancia última parece que ha de darse a los intereses generales o a los de terceros. Se ha trasladado, de este modo, al ámbito del proceso para la protección de los derechos fundamentales en la vía judicial contencioso-administrativa el criterio legal previsto en el ámbito del proceso constitucional de amparo.

e. La cosa juzgada en el procedimiento de Amparo

Un aspecto que genera alguna controversia doctrinal y jurisprudencial es determinar los alcances jurídicos de las sentencias dictadas en los procesos de amparo de derechos fundamentales, planteándose la interrogante acerca de si la sentencia definitiva en este tipo de proceso de urgencia produce cosa juzgada en términos plenos formal y sustancial o sólo cosa juzgada formal.

En el Derecho chileno se ha estimado en general a partir de la expresión "sin perjuicio de los demás derechos que [el afectado] pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", que consagra el Art.20 CPR, que las sentencias recaídas en los procesos de Protección producen el efecto de cosa juzgada formal, lo que implica que no obstante haberse hecho inimpugnable la sentencia recaída en un determinado proceso, ello no obsta a que tal

pronunciamiento pueda verse modificado por lo resuelto en un proceso posterior de más lato conocimiento⁹⁴. Lo anterior, a nuestro juicio, es coherente con la calificación de proceso sumario o de urgencia que se le otorga a este tipo de proceso, en que la respuesta jurisdiccional rápida a la pretensión deducida por el actor, tiene por objeto, generalmente, la conservación de un estado de derecho o de hecho⁹⁵, y cuya discusión por su naturaleza es breve, concentrada y de escasa profundidad.

Este mismo planteamiento aparece recogido claramente en el Derecho comparado, donde se señala en la propia legislación los alcances limitados de la sentencia y se garantiza el derecho de las partes del proceso de amparo de incoar otros procedimientos de lato conocimiento para discutir nuevamente lo resuelto provisoria y urgentemente por los tribunales. Así, la Ley de amparo argentina establece que "la sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo" (Art.13 Ley N 16.986).

No obstante lo expuesto, en doctrina se discute la aplicación absoluta de esta regla y sostienen que los alcances de la sentencia estará vinculada al resultado mismo de la sentencia recaída en el proceso de amparo⁹⁶. Tal planteamiento es también recogido incluso en la doctrina trasandina⁹⁷ pese al tenor literal del precepto antes citado señalando que en los casos en que la pretensión de amparo es acogida por los tribunales, se está ante una decisión definitiva sobre el fondo del asunto objeto del amparo, sin que esa decisión pueda ser revisada por ningún proceso ni procedimiento posterior, lo que evidentemente no ocurriría en algunos de los supuestos del rechazo tal decisión⁹⁸.

En el Derecho mexicano y español la solución es algo distinta. En efecto, en atención a la naturaleza que tienen estos procesos de Amparo revisor de sentencias definitivas, sustituto del contencioso administrativo o vía especializada de protección de los derechos fundamentales, en su caso, la resolución judicial produce cosa juzgada formal y substancial (Art. 76 LA, 164.1 CE, 93.1 LOTC y 122.2 LJCA), lo que debe entenderse sin perjuicio de los alcances limitados que posee la sentencia en relación a las partes (efectos relativos) y al pronunciamiento de fondo contenido en ella⁹⁹. Aún más, en el Derecho mexicano, la sentencia en Juicio de Amparo anterior constituye, precisamente, una causal de improcedencia de un nuevo proceso de este tipo, entendiendo que el asunto ha sido ya discutido y resuelto en sede jurisdiccional (Art. 73 fracciones II, III y IV LA).

CONCLUSIONES

De lo expuesto en estas líneas podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El Recurso de Protección es un proceso constitucional de amparo de derechos fundamentales que se inspira y guarda estrecha relación con procesos similares dispuestos en el Derecho comparado iberoamericano. En este sentido, los criterios interpretativos formulados por la doctrina y jurisprudencia comparada pueden constituir una fuente de gran riqueza dogmática, que debe ser estudiada y analizada por los operadores jurídicos para una mejor aplicación de nuestro proceso de protección.

2. En el Derecho comparado no existe ninguna duda acerca del carácter contradictorio de los procesos de amparo de derechos fundamentales, lo que lleva envuelta su calificación de "juicio" o "proceso", según el caso. Esto que parece una obviedad, no es aceptado por la mayoría de la doctrina chilena, lo que pone en una situación particular a los órganos de la Administración del Estado, ya que son éstos los que a menudo asumirán el rol de recurridos en los procesos de protección.

3. La delimitación conceptual entre los procesos constitucionales de amparo de derechos fundamentales y los procesos contencioso administrativos se hace como ha quedado en evidencia, en el Derecho comparado analizado, desde la perspectiva del objeto perseguido en el juicio. Esto permite concebir el proceso de amparo a diferencia del caso chileno como un proceso especializado que tiene por objeto único y exclusivo la protección de los derechos fundamentales expresamente enumerados en el texto constitucional, dejando a los procedimientos legales ordinarios la tutela de los otros derechos e intereses de los ciudadanos. Lo anterior es sin perjuicio de la ampliación progresiva que se ha hecho de estos derechos, a partir de ciertas cláusulas generales utilizadas por la propia Constitución.

4. La conclusión anterior adquiere una incidencia mayor en nuestro Derecho, si se toma en consideración que el Recurso de Protección es concebido como un contencioso administrativo general sustituto precisamente del que no existe, lo que termina por desnaturalizar el proceso constitucional señalado y genera una ampliación artificial en la interpretación de los derechos fundamentales objeto de esta especial protección. Si bien esto también se podría plantear del Juicio de Amparo mexicano, en la práctica tal afirmación se mitiga considerablemente con la incorporación progresiva de tribunales y procedimientos contencioso administrativos en el ámbito federado estatal.

5. En aspectos estrictamente procesales, los procesos de amparo analizados en este trabajo presentan una gran diversidad de criterios,

ya sea en cuanto al tribunal competente para conocer de la pretensión, la procedencia de medidas cautelares y la cosa juzgada, entre otras. No obstante, ello obedece más a las singularidades del sistema político y jurídico, que a una construcción dogmática de profundo alcance teórico, lo que no impide una formulación coherente de estos elementos en relación a su carácter de proceso constitucional de tutela urgente de derechos fundamentales.

6. Del estudio comparativo de los procesos de amparo de derechos fundamentales en México, Argentina y España, queda en evidencia su carácter especializado y excepcional dentro del sistema jurídico, alejándolos en lo posible de los contenciosos ordinarios entre la Administración y el ciudadano. Esto tiene la virtud de distinguir y valorizar los primeros dentro del ordenamiento jurídico y constituir a los segundos, en la regla general de los procesos judiciales en que se reclama cualquier otra infracción a la legalidad vigente por parte de un órgano de la Administración del Estado.

Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N 1030316 titulado "El Recurso de Protección como instrumento de control jurisdiccional de la Administración del Estado", del que el primer autor es el investigador principal y los demás autores coinvestigadores.

Artículo recibido el 10 de septiembre de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 6 de octubre de 2004.

¹ Vid, Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bordalí Salamanca, Andrés y Cazor Aliste, Kamel. 2003. "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema". *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Volumen XIV, pp. 67-81.

² Se sostiene por un sector de la doctrina chilena que la Constitución Moralista de 1823 es el primer antecedente normativo del Recurso de Protección de los derechos fundamentales. Cfr. Zúñiga Urbina, Francisco. "Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX", *Gaceta Jurídica*, N198, 1996, pp. 8-9.

³ Sobre los antecedentes históricos del Juicio de Amparo mexicano vid. Burgoa, Ignacio. **El Juicio de Amparo**. Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 117 y ss.

⁴ Cfr. Burgoa, I. **El Juicio de Amparo**, Op. cit., pp. 3-7.

⁵ Cfr. Vázquez Alfaro, José Luis. **El control de la Administración Pública en México**, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, pp. 213 y ss.

⁶ Cfr. Burgoa, I. **El Juicio de Amparo**, Op. cit., p. 4.

⁷ Cfr. Zaldívar, A. **Hacia una nueva Ley de Amparo**, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 4 y ss.

⁸ Esta es una crítica que en general los autores manifiestan verbalmente, pero rara vez la reconocen en sus textos. No obstante, Burgoa se refiere a ella, aunque sin profundizar en las razones y alcances de la misma. Vid, Burgoa, I. **El Juicio de Amparo**, Op. cit., pp.145-146.

⁹ El *habeas corpus* argentino tuvo un reconocimiento al parecer implícito o sobreentendido en la Constitución de 1853, en su Art. 18, pero ya desde la Constitución de 1949 se le dio un reconocimiento formal. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional. Habeas Corpus**, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 72 y ss.

¹⁰ Luego, en el año 1958, conociendo del recurso extraordinario deducido por Samuel Kot a raíz de la ocupación por los obreros de su industria textil, la Corte Suprema Argentina expresó que "[...] siempre que aparezcan en consecuencia, 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, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo [...]".

¹¹ El referido Art. 43 de la vigente Constitución Argentina establece que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

¹² Existen dudas en el derecho argentino con respecto a la situación en que quedó la Ley N16.986 de 1966 que regula el amparo, con la reforma constitucional de 1994 y el referido Art. 43 CA. ¿Fue derogada esta ley con la reforma

constitucional? Al respecto, un sector de la doctrina se ha manifestado por su derogación, salvo en lo que dice relación con aspectos meramente procedimentales y en cuanto no contradigan lo dispuesto por la Ley Suprema. Cfr. Rivas, Adolfo. **El amparo**, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003, p. 361. Sammartino profundiza un poco más el argumento, señalando que el Art. 43 CA sustituyó íntegramente el Art.1 Ley N16.986; a su vez, derogó parcialmente el Art. 2 inciso a) de dicha ley -en lo atinente al agotamiento de la vía administrativa-; totalmente el Art. 2 inciso b) -el Art. 43 CA se refiere como sujeto pasivo a las autoridades públicas, sin hacer exclusiones, como podría ocurrir respecto de los actos administrativos y jurisdiccionales del Poder judicial-; también totalmente el Art. 2 inciso c) -en cuanto establece una pauta de no justiciabilidad amparatista no consagrada en el Art. 43 CA; parcialmente el Art. 2 inciso d) -en cuanto veda el control de constitucionalidad-; el Art. 5 no fue derogado sino que quedó ampliado: la norma constitucional, en su párrafo segundo, reconoce, además del afectado directo, a sujetos especiales distintos de él para promover el juicio de amparo. Finalmente, tampoco debe desconocerse la incidencia del Art. 43 CA sobre el Art.15 Ley N16.986. Cfr. Sammartino, Patricio. **Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente**, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p.92.

¹³ Aunque el amparo español tiene su fuente más directa en el Art.121 de la Constitución republicana de 1931, es indudable que dicha disposición tomó en cuenta el amparo mexicano de la Constitución de 1917, sirviéndole de modelo e inspiración. Vid. Fernández Segado, Francisco. **El sistema constitucional español**, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1101-1102.

¹⁴ Vid. Cruz Villalón, Pedro. "Sobre el amparo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N41, p. 11.

¹⁵ Vid. López Guerra, Luis. et. al. **Derecho Constitucional**, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 461.

¹⁶ Ibid, p.462. Al respecto es importante precisar que la catalogación constitucional de un derecho subjetivo como derecho fundamental, no es simplemente una decisión retórica del constituyente, pues el derecho fundamental goza de una serie de caracteres específicos de los que carecen el resto de los derechos subjetivos -constitucionales o no-, como lo son, por un lado, de acuerdo al Art. 10.2 de la CE, el que su interpretación por parte de los poderes públicos haya de efectuarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, y por otro lado, el que su tutela jurisdiccional aparezca sólidamente reforzada al poderse reclamar la protección de los mismos no sólo ante los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, a través de los procesos ordinarios-especiales, sino también ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Vid. Gimeno Sendra, Vicente y Garberí Llobregat,

José, **Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)**, Colex, Madrid, 1994, pp. 25 y 26.

¹⁷ Vid, Carrasco Durán, Manuel. **Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, colección "cuadernos y debates", N°130, pp. 101 y ss.

¹⁸ Vid. Cruz Villalón, P. "Sobre el amparo", Op. cit., p. 11.

¹⁹ Vid. Rubio Llorente, Francisco. "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N4, p.11.

²⁰ Cfr. Ferrada, JC; Bordalí, A. y Cazor, K. 2003. "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema", Op. cit., pp. 76-79.

²¹ Al igual que el constituyente chileno, el mexicano y argentino incurren en una impropiedad al establecer que podrán ser tutelados por el procedimiento de amparo no sólo derechos, sino también "garantías". Hay que tener presente que el amparo no es sino una garantía de carácter jurisdiccional establecida para una tutela de urgencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que sí se dice que tutela además garantías, el amparo vendría a ser una "garantía de garantías", lo cual carece de todo sentido. Creemos en este sentido que esta vía procesal sólo se limita a proteger derechos fundamentales. Sobre este aspecto en el Derecho argentino vid. Morello, Augusto y Vallefín, Carlos. **El amparo. Régimen procesal**, Librería Editora Platense, La Plata, 2000, p. 23. Ahora bien, otra cosa es que se considere a los derechos fundamentales como un sistema de garantías, en el sentido que constituirían expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión), a lo que Luigi Ferrajoli llama garantías primarias, frente a las cuales el sistema jurídico puede crear unas garantías secundarias, es decir, las obligaciones impuestas para reparar o sancionar judicialmente las lesiones de las garantías primarias. En este sentido, el amparo, en cuanto garantía secundaria, sólo puede tutelar derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, las garantías primarias reconocidas constitucionalmente, pero no es lógico sostener que protege derechos "y" garantías. Sobre la distinción entre garantías primarias y secundarias. Vid. Ferrajoli, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**, (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 1999, p. 43.

²² En el caso del Derecho constitucional mexicano es indudable la conexión entre los derechos fundamentales y el Juicio de Amparo, estableciéndose claramente como requisito de procedencia de éste, la infracción o alteración de aquellos. Por todos, Ferrer, Eduardo. **La acción constitucional de amparo en México y España**, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 161. En el Derecho español, la

situación es bastante similar, ya que los derechos enumerados en los Art.14 a 29 CE son el marco de referencia del amparo ordinario, no obstante la extensión que hace la propia Constitución a la objeción de conciencia establecida en el Art.30.2 para el amparo ante el Tribunal Constitucional). Vid. Fernández, F. **El sistema constitucional español**, Op. cit., pp.491-492 y 1105.

²³ Cfr. Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo en México y España**, Op. cit., pp. 141 y ss.

²⁴ Ver, en este sentido, Jiménez Campos, Javier. **Derechos fundamentales. Concepto y garantías**. Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 85 y ss.

²⁵ Vid. Suay Rincón, José. "Procedimientos especiales", en **La nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa**, AAVV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 25 y 26.

²⁶ Sobre este aspecto, vid. Carrillo, Marc. **La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 353.

²⁷ Esta es la posición que siguen autores como Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., pp. 25 y 26, y Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 292.

²⁸ Cfr. Sammartino, P. **Principios constitucionales del amparo administrativo**, Op. cit., p. 286. En igual sentido parece inclinarse Gozaíni, Osvaldo. **Derecho Procesal Constitucional**, Tomo I, Editorial de Belgrano, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 252.

²⁹ Cfr. Sammartino, P. **Principios constitucionales del amparo administrativo**, Op. cit., p. 286.

³⁰ Esto se puede apreciar con toda claridad en el derecho mexicano, donde se pretende ampliar hacia esas nuevas posiciones jurídicas subjetivas el Juicio de Amparo. Vid. Zaldívar, A. **Hacia una nueva Ley de Amparo**, Op. cit. pp. 19 y ss.

³¹ Véase en este sentido Nicolau, Noemí. "Posibilidades que ofrece la acción de amparo para la protección y defensa del consumidor", en **El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades**, Bidart, G. / Sagüés, N. P. et. al., Depalma, Buenos Aires, 2000, pp.166 y ss. En la misma obra colectiva, véase el trabajo de Chaumet, Mario y Menicocci, Alejandro. "Los intereses difusos en el Art. 43 de la Constitución Nacional", pp. 162 y ss.

³² Sobre este aspecto, véase el trabajo de Bordalí, Andrés. "Efectos de la

sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos", en **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica**, Gidi, A. / Ferrer, E. (coordinadores), Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 299 y ss. Siguiendo esta misma línea argumentativa, en Argentina Adolfo Rivas también señala que lo que tutela el amparo en virtud del Art. 43 CA son sólo derechos subjetivos, los que pueden ser individuales y colectivos o difusos. Cfr. Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 322.

³³ Cfr. Carrasco, M. **Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales**, Op. cit., pp. 123 y ss.

³⁴ El Art.3 LBPA establece que son actos administrativos "las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública". Además añade que "constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias".

³⁵ Cfr. Soto Kloss, Eduardo. **El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 412.

³⁶ Para un análisis de las omisiones y su conexión con el derecho constitucional de petición (Art.19 N 14 CPR), vid. Aguerrea, Pedro. "El derecho de petición ante la Administración del Estado: acerca de la obligación de respuesta", en *Ius Publicum*, N 9, 2002, pp. 55-70.

³⁷ En cuanto a la procedencia del Recurso de Protección frente a la falta de respuesta de la Administración, es decir, una omisión arbitraria -si no hay plazo legal establecido- o ilegal -si existe tal plazo-, incluso sin vulneración de derecho constitucional específico y sólo por infracción general al derecho de igualdad ante la ley, vid. Aróstica, Iván. "Debido procedimiento administrativo", en *Curso de Derecho Administrativo*, Universidad de Chile, 1994, pp. 15-16 (inédito). En este caso la respuesta de la justicia debe ser una orden a la Administración para que actúe, llegando en algunos casos a señalar la disposición concreta que debe aplicar en el caso específico. Vid. Soto Kloss, Eduardo. "El Recurso de Protección y el amparo de los derechos de las personas frente a las arbitrariedades de la Administración del Estado", en *Revista de Derecho*, Universidad Central, año V, 1991, pp. 197-198. En contra de lo anterior, señalando que tal omisión antijurídica se produce sólo cuando existe un plazo expresamente establecido, vid. Pierry, Pedro "El Recurso de Protección y lo contencioso administrativo", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N 165, 1977, p. 186.

³⁸ Vid. Cordero Vega, Luis. **El procedimiento administrativo**, Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 141 y ss.

³⁹ Vid. Sammartino, P. **Principios constitucionales del amparo administrativo**, Op. cit., pp. 131 y ss; Burgoa, I. **El Juicio de Amparo**, Op. cit., p. 210 y Suay, J. *Procedimientos especiales*, en **La nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa**, Op. cit., pp. 31 y 32.

⁴⁰ Sammartino, P. **Principios constitucionales del amparo administrativo**, Op. cit., pp.131 y ss.

⁴¹ Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., pp. 354 y 355.

⁴² Cfr. Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 323.

⁴³ Cfr. ibid, p. 324.

⁴⁴ Si bien la anulación del acto administrativo u omisión que vulnera su derecho es la pretensión solicitada por regla general, lo normal es que los tribunales prefieren evitar el término anular y utilizan el "déjese sin efecto". Véase en este sentido Soto, E. "El Recurso de Protección y el amparo de los derechos [...]", Op. cit., p. 198. Otras pretensiones que se pueden hacer valer por medio del Recurso de Protección son la condena del ofensor (pretensión condenatoria) e incluso la constitución de una situación jurídica nueva (pretensión constitutiva). Vid "El Recurso de Protección en Chile", en *Gaceta Jurídica*, N 230, agosto 1999, p. 12.

⁴⁵ Otras pretensiones que se pueden hacer valer por medio del Recurso de Protección son la condena del ofensor (pretensión condenatoria) e incluso la constitución de una situación jurídica nueva (pretensión constitutiva). Sobre este aspecto vid. Nogueira, H. "El Recurso de Protección en Chile", Op. cit., p.12.

⁴⁶ Vid. Soto, E. **El Recurso de Protección** , Op. cit., pp. 414-416.

⁴⁷ Sammartino, P. **Principios constitucionales del amparo administrativo [...]**, Op. cit., pp. 297; Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo [...]**, Op. cit., p. 261 y Gimeno, V. y Garberí, J. **Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)**, Op. cit., p. 156.

⁴⁸ Sobre los orígenes y alcances de esta fórmula, vid. Burgoa, I. **El Juicio de Amparo**, Op. cit., pp. 276 y ss.

⁴⁹ Vid. Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo [...]**, Op. cit., p. 263.

⁵⁰ Sammartino, P. **Principios constitucionales del amparo administrativo**

[...], Op. cit. 297 y Gimeno V. y Garberí, J. **Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)**, Op. cit., p. 156

⁵¹ Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., pp. 140 y 141 y Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo [...]**, Op. cit., p. 264.

⁵² Como lo ha expresado Tavolari, es un derecho de todos los habitantes del territorio chileno el ser juzgado por el tribunal que señale la ley (Art. 19 N 3 inc. 3 CPR), como asimismo, corresponde a la ley establecer la competencia de los tribunales de justicia (Art. 108 COT), por lo que en el ordenamiento jurídico chileno se puede fácilmente concluir que únicamente la ley (o la norma superior) puede entregar competencia a un tribunal y que, de este modo, cuando el auto acordado que regula el Recurso de Protección asume el papel de asignador de competencias, vulnera no sólo la ley, sino la constitución. Cfr. Tavolari, Raúl. "Tramitación de la acción constitucional chilena de protección", en **Derecho Procesal Constitucional**, Ferrer, E. (coordinador), Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 3179-3180.

⁵³ Vid. Díez-Picazo, Luis María. "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N14, p. 14.

⁵⁴ Cfr. Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., p. 85.

⁵⁵ Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo [...]**. Op. cit., pp. 273-274.

⁵⁶ En este mismo sentido vid. Paillás, Enrique. **El Recurso de Protección ante el Derecho comparado**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 101 y Bordalí, Andrés. **Temas de Derecho Procesal Constitucional**, Fallos del Mes, Santiago, 2003, pp. 119 y ss.

⁵⁷ Especialmente es en el derecho mexicano donde se ha producido una mayor discusión en esta materia, en particular a partir del concepto de "autoridad" que emplea el Art. 103 fracción I CM para identificar el sujeto pasivo del Juicio de Amparo, lo que debe obviamente entenderse al margen de las exclusiones expresas que hace la propia Constitución de ciertas autoridades públicas. Vid. Zaldivar, A. **Hacia una nueva Ley de Amparo**, Op. cit., pp. 63 y ss.

⁵⁸ Vid. Morello, A. y Vallefín, C. **El Amparo. Régimen procesal**, Op. cit., p. 101; Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 75; Sammartino, P. **Principios constitucionales [...]**, Op. cit., pp. 63 y ss; Gozaíni, O. **Derecho Procesal Constitucional**, Op. cit., pp. 249 y ss.

⁵⁹ Cuando se dice que el amparo da origen a una contienda entre partes, se debe

poner atención en la estructura bilateral del proceso de amparo, lo que obliga a articular un contradictorio que respete el derecho de defensa de las partes. Para un estudio de este aspecto en el derecho argentino, remito a Sagüés, Néstor. **Ley de amparo**, Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 269 y 270; Gozaíni, O. **Derecho Procesal Constitucional**, Op. cit., pp. 372 y ss; Morello, A. y Vallefín, C. **El Amparo. Régimen procesal**, Op. cit., pp. 99 y ss; Para Adolfo Rivas, si bien el amparo considerado como proceso debe arrancar del principio de la bilateralidad y contradicción, sin embargo reconocería una bilateralidad atenuada, en el que la igualdad procesal no es absoluta, al no ser absolutamente iguales las situaciones jurídicas sustanciales de los litigantes. Cfr. Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 410.

⁶⁰ Cfr. Sammartino, P. **Principios constitucionales [...]**, Op. cit., p. 65.

⁶¹ Por todos, vid. Errázuriz, Juan Manuel y Otero, Jorge Miguel. **Aspectos procesales del Recurso de Protección**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 40 y 41.

⁶² Vid. Soto, E. **El Recurso de Protección**, Op. cit., pp. 71 y ss.

⁶³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmada por la Corte Suprema, "Municipalidad de Marchigüe con Errázuriz y otros", *Gaceta Jurídica* N285, marzo 2004, pp. 71-74 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, "Municipalidad de Portezuelo y otros con CONAMA", *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N105, pp. 161-193.

⁶⁴ Vid. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, confirmada por la Corte Suprema, "Municipalidad de Santa Juana con COREMA VIII Región", *Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N105, pp. 123-127.

⁶⁵ Vid en el derecho argentino, Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 418 y, en el derecho español, Parejo, Luciano. **Derecho Administrativo**, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 480 y ss.

⁶⁶ Vid. Carrasco, M. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 71 y 91-96.

⁶⁷ Ferrada, JC, Bordalí, A. y Cazor, K. "El recurso de protección...", Op. cit., pp.79-81.

⁶⁸ Por todos, Soto, E. **El Recurso de Protección**, Op. cit., pp. 405 y ss.

⁶⁹ Vid. Sentencia de la Corte Suprema "Sociedad de Establecimientos Electrónicos Ltda.. con Director de Obras de la Municipalidad de Providencia", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXX, 2 parte, sección V, pp. 87-90.

⁷⁰ Vid. Sentencia de la Corte Suprema "Arraigada con Ministro de Justicia", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, 2 parte, sección V, p. 183.

⁷¹ En efecto, la Ley argentina N 16.986 señala en su Art. 2 a) que "la acción de amparo no será admisible cuando: existan otros recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate". A su vez, el Art. 43 CA expresa que se puede interponer la pretensión de amparo "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo [...]". Esta diversidad de contenidos normativos, debe hacer concluir que el agotamiento de las vías previas en el amparo argentino, sólo incumbiría a las judiciales, y ya no a las administrativas, exigencia que habría derogado tácitamente el referido Art. 43 CA. Cfr. Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, ob.cit. p.30 y Sammartino, P. **Principios constitucionales [...]**, Op. cit., p. 92.

⁷² No obstante, este supuesto es cada vez menos frecuente, ya que la mayoría de los Estados, el Distrito Federal y la propia Federación han ido creando mecanismos procesales y tribunales especializados en materia contencioso administrativas para resolver los conflictos entre la Administración y el ciudadano. Cfr. Vásquez, J. L. **El control de la Administración**, Op. cit., pp.179 y ss.

⁷³ Cfr. Vásquez, J. L. **El control de la Administración [...]**, Op. cit., p. 220.

⁷⁴ En el caso específico del control de la Administración, el Art. 43.1 LOTC, indica que "las violaciones de los derechos y libertades [...] originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios [...] podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el Art. 53.2 de la Constitución". Vale decir, según el precepto constitucional del Art.53.2, el principal mecanismo a disposición de los particulares para la protección de sus derechos fundamentales debe estar configurado por "un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad" accionable ante los Tribunales ordinarios, con respecto al cual el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional posee un inequívoco carácter subsidiario. Vid. Díez Picazo, L. M. "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", Op. cit., p. 13.

⁷⁵ Ver, para el Derecho español a Gimeno, V. y Garberí, J. *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Op. cit., pp. 31 y 32 y, en el caso mexicano, Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo**

⁷⁶ Vid, Caamaño, Francisco et al. **Jurisdicción y procesos constitucionales**, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 129 y ss. En el mismo sentido, Carrasco, M. **Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales**, Op. cit., pp. 197 y ss.

⁷⁷ En este sentido se ha pronunciado la propia Corte Suprema, sosteniendo al efecto que "...la interposición del recurso no tiene una finalidad residual y sólo a falta de otros mecanismos, sino que, por el contrario, atendido su carácter cautelar y de resguardo de derechos tan importantes, como son los constitucionalmente reconocidos, se ha dispuesto por una norma de rango superior que su procedencia es sin perjuicio de las demás acciones que pueda hacer valer el afectado ante la autoridad o los Tribunales de Justicia correspondientes...", Sentencia de la Corte Suprema "UNIMARC S.A. con Inspección Provincial del Trabajo Santiago-Norte", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, 2 parte, sección V, p.201.

⁷⁸ Cfr. Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., pp. 32 y ss.

⁷⁹ A estos efectos se entienden por irreparabilidad la imposibilidad de obtener el retorno o devolución de lo que desaparece para siempre. Cfr. Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 248.

⁸⁰ Ibid, pp. 250.

⁸¹ Cfr. Sammartino, P. **Principios constitucionales [...]**, Op. cit., p.65.

⁸² Sammartino se refiere a los derechos de origen y naturaleza administrativa, tales como los nacidos de un contrato o un acto administrativo, que estarían excluidos, en principio, del ámbito amparista, siendo en tales casos el proceso administrativo o el recurso directo -en aquellos casos en que éste se encontrara previsto- el cauce formal de tutela adecuado para su debate. Así, agrega, la jurisprudencia ha venido discriminando cuando se está en presencia de una causa contencioso-administrativa y cuando aparecen cuestiones propias del contencioso constitucional amparista. Cfr. Sammartino, P. **Principios constitucionales [...]**, Op. cit., p. 288.

⁸³ Ibid, p. 76.

⁸⁴ Cfr. Tavolari, Raúl. "La orden de no innovar en el Recurso de Protección", en *Justicia* 92, N I, p. 687.

⁸⁵ Sobre este aspecto vid Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., p. 165.

⁸⁶ En la doctrina chilena esta es la posición sostenida por Bordalí, A. **Temas de Derecho Procesal Constitucional**, Op. cit., p. 155.

⁸⁷ Sin perjuicio de lo señalado Rivas sostiene que en Argentina la prohibición de innovar es aplicable a todo tipo de juicios, de modo que también es aplicable en el amparo, y no sólo por la referencia contenida en el Art.15 de la Ley N 16.986 ya citado. Cfr. Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 626.

⁸⁸ En México las medidas cautelares son una de las materias que mayor atención presta la doctrina a propósito del Juicio de Amparo, al extremo que su restricción operativa -particularmente de la suspensión del acto- hace procedente una demanda en esta materia, aún existiendo procedimiento ordinario o especial en materia contenciosa administrativa. En este sentido, la doctrina llega a sostener que esta medida adquiere tal importancia en este procedimiento, que de no contemplarse este medio control llegaría a considerársele negatorio e ineficaz. Cfr. Burgoa, I. **El juicio de amparo**, Op. cit., p. 705.

⁸⁹ Precisamente esta discusión lleva a la doctrina a distinguir entre orden de no innovar y de suspensión, distinción que pareciera recoger la legislación argentina (Art.15 Ley N16986). La primera impediría actos posteriores, congelando la situación al momento de su pronunciamiento; la segunda, en cambio, tiende a impedir los efectos de un acto, pero no sólo los posteriores, sino también impide que el origen del agravio -producto del acto- produzca sus efectos mientras se decide jurisdiccionalmente su juridicidad. En contrario, haciendo sinónimas ambas medidas, Tavolari, R. "La orden de no innovar (...)", Op. cit., p.707.

⁹⁰ Ver, en este sentido, en el Derecho argentino, aún con posiciones algo distintas Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 635 y ss y Sammartino, P. **Principios constitucionales [...]**, Op. cit., p. 307. En el derecho mexicano, Burgoa, I. **El juicio de amparo**, Op. cit., pp. 713-714 y desde una perspectiva crítica e impulsando una reforma legal en esta materia, Zaldívar, A. **Hacia una nueva ley de amparo**, Op. cit., pp. 94 y ss.

⁹¹ Cfr. Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., pp. 169 y ss.

⁹² Cfr. Zaldivar, A. **Hacia una nueva ley de amparo**, Op. cit., pp. 93-94.

⁹³ Fernández Farreres, G. "El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa", *Cuadernos de Derecho Público*, N4, 1998, p. 188.

⁹⁴ Vid. Bordalí, A. **Temas de Derecho Procesal Constitucional**, Op. cit., p. 192. En este mismo sentido, Jana, Andrés y Marín, Juan Carlos. **Recurso de Protección y contratos**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 90, Nogueira, Humberto. **Dogmática constitucional**, Editorial Universidad de Talca,

Talca, 1997, p. 254 y Ríos, Lautaro. «El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCI, N 1, 1994, pp. 47-48.

⁹⁵ Cfr. Calamandrei, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, Cedam, Padova, 1936, pp. 11 y ss.

⁹⁶ A juicio de Tavolari, la interpretación correcta de los efectos de la sentencia definitiva dictada en el proceso de protección, de conformidad con el Art. 20 CPR, no es sino permitir exclusivamente al que sufre la perturbación o vulneración de su derecho fundamental para que, en caso de no acogerse su demanda de protección, pueda deducir la misma pretensión ante otros tribunales o ante las autoridades que corresponda. En definitiva, parece decir el citado autor que sólo respecto del titular del derecho fundamental por el que se solicita protección se produciría la cosa juzgada formal. Cfr. Tavolari, R. "Tramitación de la acción constitucional chilena de protección", Op. cit., pp. 3220 y ss.

⁹⁷ Véase en este sentido Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op.cit. pp.159 y ss y Rivas, A. **El amparo**, Op. cit., p. 611.

⁹⁸ Sostienen Morello y Vallefín que en los casos en que se rechaza la demanda por la falta o insuficiencia de los presupuestos formales, la sentencia hará cosa juzgada formal en la medida que tales defectos sean subsanables. Igual efecto de cosa juzgada formal producirá la sentencia en los casos en que el rechazo pueda sustentarse en que la arbitrariedad o ilegalidad que se le atribuye al comportamiento estatal no revestiría el carácter de manifiesta o que el cauce del amparo es estrecho y la cuestión requiere mayor amplitud de debate o prueba. En estos casos no se podría instar un nuevo amparo, pero nada obsta la iniciación de otro tipo de proceso. Cfr. Morello, A. y Vallefín, C. **El amparo. Régimen procesal**, Op. cit., p. 162.

⁹⁹ En el mismo sentido, para el Derecho mexicano, Ferrer, E. **La acción constitucional de amparo [...]**, Op. cit., pp. 383-384 y, en el derecho español, Carrasco, M. **Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales**, Op. cit., pp. 199-200 y 329-330 y Caamaño, F. et al. **Jurisdicción y procesos constitucionales**, Op. cit., pp.146 y ss.