Universidad de Valladolid

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL EN RÉGIMEN DE COTUTELA INTERNACIONAL

VIS EXPANSIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y *VIS ATRACTIVA* DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UNA TEORIZACIÓN Y ALGUNAS LECCIONES DEL SISTEMA ESPAÑOL PARA EL MODELO CHILENO

Presentada por:
Gonzalo Javier Cortés Moreno

para optar al grado de:

Doctor por la
Universidad de Valladolid (España)
y
Doctor por la
Universidad de Chile (Chile)

Dirigida por:

Dra. Paloma Biglino Campos (Universidad de Valladolid)
Dra. Liliana Galdámez Zelada (Universidad de Chile)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN **5**

CAPÍTULO 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL **11**

1.1. DE LA PROCLAMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A SU GARANTÍA JURISDICCIONAL 12

1.1.1. Antecedentes de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. *13*

1.1.2. De la garantía legal de los derechos fundamentales a su garantía jurisdiccional *15*

1.1.3. Aproximación conceptual a los derechos fundamentales *20*

1.1.3.1. Concepciones material, formal y ecléctica de los derechos fundamentales 21

1.1.3.2. Relación entre las nociones de "derechos humanos" y "derechos fundamentales" 24

1.1.3.3. Planteamiento de una interrogante: ¿constituye la garantía un elemento de la esencia de un derecho fundamental? 26

1.2. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS IMPLICANCIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES 27

1.2.1. Dimensión subjetiva de los derechos fundamentales *28*

1.2.1.1. De los derechos naturales a los derechos legales 29

1.2.1.2. De los derechos subjetivos privados a los derechos subjetivos públicos 31

1.2.1.3. De la negación de los derechos subjetivos a su concepción como un sistema de posiciones jurídicas 35

1.2.1.4. Implicancias del reconocimiento de una dimensión subjetiva de los derechos fundamentales 40

1.2.2. Dimensión objetiva de los derechos fundamentales *41*

1.2.2.1. La Constitución como un sistema u orden de valores y los derechos fundamentales como su expresión 42

1.2.2.2. Primer aspecto de su dimensión objetiva: derechos fundamentales como intereses públicos jurídicamente protegidos 45

1.2.2.3. Segundo aspecto de su dimensión objetiva: derechos fundamentales como elementos materiales de integración 47

1.2.2.4. Tercer aspecto de su dimensión objetiva: derechos fundamentales como el orden axiológico de un Estado 49

1.2.2.5. Implicancias del reconocimiento de una dimensión objetiva de los derechos fundamentales .. 55

1.3. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 56

1.3.1. La noción de "garantía" en el Derecho Constitucional *56*

1.3.2. Garantías de los derechos fundamentales y sus tipologías *57*

1.3.3. Respuesta a una interrogante pendiente: relación entre las nociones de "garantía" y "derecho fundamental" *60*

CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO 62

CAPÍTULO 2: LA GARANTÍA JURISDICCIONAL SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES **67**

2.1. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ORÍGENES Y TRANSFORMACIONES 68

2.1.1. Modelo de justicia constitucional difuso, judicial o norteamericano *71*

2.1.1.1. Orígenes del modelo difuso, judicial o norteamericano 71

2.1.1.2. Características del modelo difuso, judicial o norteamericano 74

2.1.1.3. Desafíos para la justicia constitucional surgidos en el seno del modelo difuso, judicial o norteamericano 77

2.1.2. Modelo de justicia constitucional concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano *80*

2.1.2.1. Orígenes del modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano 80

2.1.2.2. Características del modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano 83

2.1.2.3. Desafíos surgidos en el seno del modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano 85

2.1.3. Hibridación o entrecruzamiento de modelos de jurisdicción constitucional *87*

2.1.3.1. Transformaciones experimentadas por el modelo difuso, judicial o norteamericano 88

2.1.3.2. Transformaciones experimentadas por el modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano 90

2.1.4. Una nueva tipología: institutos basados en la ley e institutos orientados a la protección de los derechos fundamentales *91*
2.2. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 94
2.2.1. Antecedentes históricos de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales *95*
2.2.1.1. Antecedentes europeos de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales 96
2.2.1.2. Antecedentes latinoamericanos de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales 98
2.2.2. La construcción de un concepto de amparo: sus elementos esenciales *100*
2.2.2.1. Primer elemento: especificidad del procedimiento como rasgo distintivo de un amparo 102
2.2.2.2. Segundo elemento: sujetos procesales en los amparos 103
2.2.2.3. Tercer elemento: el parámetro de control aplicable en los amparos 112
2.2.2.4. Cuarto elemento: el objeto del proceso de amparo 117
2.2.2.5. Definición de amparo propuesta 119
2.2.3. El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales: un sistema multinivel o multicapas *119*
2.2.3.1. Niveles, capas o componentes del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales 121
2.2.3.2. La protección internacional de los derechos humanos (nivel supranacional e internacional) 123
2.2.4. Distinción y articulación entre jurisdicción constitucional de la libertad y justicia ordinaria: especificidad y exclusividad *125*
2.2.4.1. Objetivos de la distinción y articulación entre jurisdicción constitucional de la libertad (amparos) y justicia ordinaria (procesos comunes) 127
2.2.4.2. Principio de especificidad de los amparos: regla procesal de la especialidad 131
2.2.4.3. Principio de exclusividad de los amparos: filtros procesales 133
2.3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 139
2.3.1. El establecimiento de un órgano jurisdiccional como intérprete supremo de los derechos fundamentales *141*
2.3.2. Un cauce procesal para el control de las interpretaciones sobre los derechos fundamentales sostenidas por los demás órganos jurisdiccionales *143*
CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO 146

CAPÍTULO 3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA 155

3.1. BASES FUNDAMENTALES PARA EL ANÁLISIS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 155
3.1.1. Antecedentes metodológicos e históricos para el análisis del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales *156*
3.1.1.1. Justificación metodológica del análisis del sistema español de tutela de derechos fundamentales y de su comparación jurídica con el modelo chileno 156
3.1.1.2. Excepcionalidad y originalidad del modelo español de amparo 163
3.1.2. Fundamentos del sistema español de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales *177*
3.1.2.1. El (r)establecimiento del sistema de doble amparo en la Constitución de 1978 178
3.1.2.2. Bases normativas del sistema español de garantía jurisdiccional de derechos fundamentales 180
3.2. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA 185
3.2.1. Primer nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por el Poder Judicial, a través de los cauces procesales ordinarios o comunes *185*
3.2.1.1. La garantía general de los derechos fundamentales por el Poder Judicial, a través de los procesos ordinarios 186
3.2.1.2. El recurso de casación como garantía de los derechos fundamentales 187
3.2.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones como garantía de los derechos fundamentales 193
3.2.2. Segundo nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de la ley y, especialmente, de la cuestión de inconstitucionalidad *202*
3.2.3. Tercer nivel: la protección de los derechos fundamentales vía amparos ordinarios *205*

3.2.3.1. El procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, establecido en el artículo 53.2 de la Constitución española ... 206
3.2.3.2. Evolución de la regulación procesal sobre los amparos ordinarios ... 208
3.2.4. Cuarto nivel: la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo ... *217*
3.2.4.1. Elementos configuradores del recurso de amparo ... 219
3.2.4.2. Influencia del recurso de amparo en el sistema español de garantía subjetiva de los derechos fundamentales y en la articulación entre jurisdicciones ... 232
3.3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA ... 236
3.3.1. El supremo intérprete de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional ... *237*
3.3.2. Las vías de control de constitucionalidad de la ley como cauces para el desarrollo de una hermenéutica iusfundamental ... *240*
3.3.3. El recurso de amparo como cauce para el desarrollo de la hermenéutica iusfundamental y para el control de las interpretaciones judiciales ... *242*
3.3.3.1. La "especial trascendencia constitucional" como presupuesto de admisión de la demanda de amparo ... 243
3.3.3.2. La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 155/2009, de 25 de junio ... 244
3.3.3.3. La publicidad de las providencias de inadmisión ... 248
3.3.3.4. Algunas implicancias de la denominada "objetivación" del recurso de amparo ... 250
CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO ... 253

CAPÍTULO 4. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE 263

4.1. BASES HISTÓRICAS PARA EL ANÁLISIS DEL SISTEMA CHILENO DE GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ... 263
4.1.1. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en la tradición constitucional chilena (1823-1970) ... *263*
4.1.2. La Constitución de 1980 y la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales ... *266*
4.1.3. Evolución de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales durante la vigencia de la Carta de 1980 (1980-2024) ... *268*
4.2. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE ... 271
4.2.1. Primer nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por órganos judiciales, a través de los cauces procesales comunes ... *272*
4.2.1.1. Cuestiones conceptuales: "Poder Judicial" y "tribunales ordinarios" ... 273
4.2.1.2. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, a través de los recursos casacionales ... 274
4.2.1.3. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales vía incidente de nulidad procesal 277
4.2.2. Segundo nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del control de normas ... *278*
4.2.2.1. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (artículo 93 N° 6 de la Constitución) ... 279
4.2.2.2. Acción de inconstitucionalidad de preceptos legales (artículo 93 N° 7 de la Constitución) ... 280
4.2.2.3. Acción de inconstitucionalidad de autos acordados (artículo 93 N° 2 de la Constitución) ... 281
4.2.2.4. La tutela general de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional ... 283
4.2.3. Tercer nivel: Amparos especiales ... *284*
4.2.3.1. Amparos especiales de rango legal ... 286
4.2.3.2. Amparos especiales de rango constitucional ... 299
4.2.4. Cuarto nivel: la acción constitucional de protección como amparo general y extraordinario de los derechos fundamentales ... *305*
4.2.4.1. Elementos configuradores de la acción constitucional de protección ... 307
4.2.4.2. Influencia de la acción de protección en el sistema chileno de garantía subjetiva de los derechos fundamentales y en la articulación entre jurisdicciones ... 327
4.3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE ... 331
4.3.1. El supremo intérprete de los derechos fundamentales en Chile: una definición pendiente ... *332*
4.3.2. Los escasos cauces procesales para sentar doctrina jurisprudencial y controlar las interpretaciones sobre los derechos fundamentales ... *334*

4.4. PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE 337
4.4.1. Optimización de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile *337*
4.4.1.1. El proceso originado por la acción de protección debe dejar de ser autónomo 339
4.4.1.2. El resultado de la acción de protección no puede continuar dependiendo de la demostración de una contravención a la legalidad ordinaria 342
4.4.1.3. La acción constitucional de protección no puede proceder, como regla general, en contra de particulares 344
4.4.1.4. El proceso originado por la acción constitucional de protección debe tener un régimen probatorio claro y definido 346
4.4.2. Optimización de la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en Chile *350*
4.4.2.1. Debe establecerse expresamente un supremo intérprete de los derechos fundamentales 350
4.4.2.2. El supremo intérprete de los derechos fundamentales ha de contar con un cauce procesal para controlar la interpretación que, sobre éstos, realicen los demás órganos jurisdiccionales 353
CONCLUSIONES DEL CUARTO CAPÍTULO 359
CONCLUSIONES **369**
BIBLIOGRAFÍA **389**

INTRODUCCIÓN

La consolidación del Estado Constitucional de Derecho ha implicado -siguiendo a BIGLINO- "la sumisión de todos los poderes del Estado, incluido el legislador, al Derecho recogido en la norma fundamental"[1]. Tal sumisión se expresa, según ELÍAS DÍAZ, en cuatro caracteres generales: el imperio de la ley, la división de poderes, la fiscalización de la Administración y la protección de los derechos y libertades fundamentales[2]. El afianzamiento de tales elementos ha traído consigo una redefinición y profundización de la democracia, en la cual los derechos fundamentales juegan un rol decisivo. De esa manera, tal como explica FERRAJOLI, tales derechos "insertan una dimensión 'sustancial' en la democracia política, sometiéndola, junto al respeto de las 'formas' mayoritarias de las decisiones, también a los límites y a los vínculos de 'sustancia' relativos a sus contenidos"[3]. Complementando lo anterior, DÍEZ-PICAZO indica que los derechos fundamentales, además de cumplir una función legitimadora desde la perspectiva política, despliegan una función protectora de los individuos frente a los atropellos a que pudieran verse expuestos. Esta última dimensión torna imprescindible -en opinión del mismo autor- la existencia de mecanismos procesales para impetrar su tutela jurisdiccional[4].

Después de la segunda posguerra, los derechos fundamentales asumieron un ostensible protagonismo en las distintas actividades desplegadas por los Estados. Su operativización, que en el pasado era tarea exclusiva de los órganos con potestades normativas, se hizo imperativa, también, para los jueces, quienes quedaron encargados de aplicarlos directamente y garantizar su eficacia en todos los negocios de que conocieran. Asimismo, el control de constitucionalidad de matriz europea, originalmente estatuido para preservar los ámbitos competenciales de diferentes órganos estatales, debió incorporar la misión de preservar tales derechos como parte esencial de su misión.

Adicionalmente, la superación del carácter programático de las Constituciones trajo consigo un robustecimiento de su garantía individual. Así, si bien la libertad personal ya contaba, en varios sistemas, con el *hábeas corpus* para su tutela directa, los demás

[1] BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Retos a la Libertad y al Estado Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 33.
[2] DÍAZ GARCÍA, Elías. "Estado de derecho y democracia". *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, vol. 19-20, 2001, pp. 205-206.
[3] FERRAJOLI, Luigi. "¿Qué es el garantismo?", en TORNERO CRUZATT, Yuri y GASPAR CHIRINOS, Ángel (dirs.) *Lecciones de filosofía del derecho: cartografía comparada de la crítica jurídica europea*. Lima: IDEMSA, 2018, 270.
[4] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 36-37.

derechos, por regla general, carecieron de cauces procesales que los hicieran justiciables. En tal sentido, hasta antes de la segunda posguerra sólo el ordenamiento mexicano y algunos europeos habían instituido vías para impetrar la tutela jurisdiccional de otros derechos distintos de la libertad personal, a las que podía recurrirse en supuestos especiales.

Del modo descrito, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales comenzó a intensificarse a partir de la segunda mitad del siglo XX, a través de la creación de nuevos cauces procesales para su protección directa y de la reorientación de los procesos ordinarios y constitucionales ya existentes hacia una nueva función tutelar de aquéllos. Lo anterior supuso buscar un nuevo balance entre las competencias de los distintos poderes estatales y, especialmente, entre los órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales, complejizando la administración de justicia. Puestos en dicho escenario, algunos ordenamientos han sido más eficientes que otros en establecer un sistema coordinado para la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Vinculado con lo anterior, la observación de los casos chileno y español permitirá realizar un contraste sobre la manera en que dos ordenamientos han ido adaptándose a esta nueva comprensión de los derechos fundamentales y coordinando a sus órganos jurisdiccionales en la función de garantizarlos.

Todo lo dicho justifica la relevancia del tema escogido. En efecto, un análisis de esta naturaleza resulta de capital importancia, no sólo por el carácter gravitante que tienen los derechos fundamentales en la teoría y práctica del derecho, sino, también, porque se adentra en los aspectos problemáticos que su reforzamiento ha provocado, indagando dónde radican tales desperfectos y pretendiendo contribuir, con ello, a su superación. He allí la trascendencia de una investigación como la presente.

En el caso chileno, la Constitución se considera una norma jurídica directamente aplicable y la garantía de los derechos fundamentales es una misión a la que están llamados todos los órganos jurisdiccionales, lo que incluye, especialmente, al Tribunal Constitucional cuando ejerce sus competencias y a la justicia ordinaria cuando conoce de las acciones específicamente creadas para su tutela directa.

De todos los mecanismos de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, la acción constitucional de protección es el más importante, tanto porque se trata del remedio más empleado en el derecho chileno, como porque es la vía procesal que cierra la protección jurisdiccional de aquéllos.

A pesar de lo antes señalado, la acción constitucional de protección presenta una serie de deficiencias que comprometen su efectividad en la tutela de los derechos fundamentales. Por una parte, mediante esta vía procesal se ventilan una serie de conflictos jurídicos que carecen de verdadera trascendencia constitucional, los que, esquivando a sus jueces naturales, son planteados primero en esta sede constitucional, en vez de en los procesos civiles, mercantiles, tributarios o contencioso-administrativos que correspondería. Por otro lado, y conectado con lo anterior, la abundante jurisprudencia existente en la materia posee escasa densidad constitucional y ha servido más para consolidar interpretaciones de la legalidad ordinaria que para generar directrices sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales que son su objeto. De lo dicho, fluye que las disfunciones de la acción de protección no sólo comprometerían el funcionamiento del sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, sino toda la administración de justicia.

Este diagnóstico sobre las distorsiones que origina la acción constitucional de protección es mayormente compartido por la doctrina nacional, dentro de la cual, un importante sector sugiere que el ordenamiento chileno debería adoptar total o parcialmente un sistema de garantía jurisdiccional similar al español.

El ordenamiento español, por su parte, se caracteriza por el carácter normativo de su Constitución y porque la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales es una tarea compartida por los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional. Los primeros son sus garantes naturales, mientras que el segundo interviene en el resguardo de los mismos, de manera general, a través del control de constitucionalidad de la ley y, de un modo más específico, a través del recurso de amparo. Este último constituye un remedio extraordinario y subsidiario, al que se accede, como regla general, luego de agotadas las instancias de reclamación disponibles ante los tribunales ordinarios, cuando éstos no hubieren dispensado la tutela de los derechos fundamentales que hubiere sido solicitada o en el evento de que dichos órganos concreten, por sí mismos, una lesión de éstos. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha consolidado líneas jurisprudenciales mayormente estables sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales, lineamientos que han servido de insumo para la labor de los órganos judiciales.

De lo expuesto, podría colegirse que, en principio, el ordenamiento español cumpliría eficazmente con una tarea en la que el chileno exhibe deficiencias. No obstante, la evaluación sobre los estándares de eficacia que deben colmar los ordenamientos en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales debe realizarse, por un lado, teniendo

en cuenta su especial objeto y, por otra, analizando tanto el funcionamiento individual de los instrumentos que proveen a su protección, como la configuración del sistema global en que éstos se insertan. Únicamente de esa manera, podrá dilucidarse si el sistema español cumple cabalmente con la misión de garantizar los derechos fundamentales y si las deficiencias del ordenamiento chileno son solucionables mediante el trasplante total o parcial de aquél.

En tal sentido, el objetivo general de la presente investigación consiste en analizar las condiciones que deben satisfacer los sistemas de garantía jurisdiccional para proveer eficazmente a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en función de evaluar si el ordenamiento jurídico español cumple con ellas y si, por tanto, su trasplante jurídico total o parcial al sistema chileno permitiría subsanar las deficiencias que éste presenta.

La hipótesis de trabajo plantea que los sistemas de garantía jurisdiccional son eficaces en la medida que respondan a la bidimensionalidad de los derechos fundamentales, estableciendo cauces procesales para su tutela individual, pero también para el desarrollo de su significado objetivo. En tal sentido, se postula que el sistema español de garantía jurisdiccional de tales derechos cumple con ambas finalidades, pero que su trasplante jurídico sería innecesario, pues el ajuste del recurso de protección que establece el ordenamiento chileno sería suficiente para atender ambas dimensiones iusfundamentales.

Para llevar a cabo la tarea investigativa y, en definitiva, comprobar o refutar la hipótesis presentada, se recurrirá a los métodos dogmático y comparativo. A pesar de la dificultad de encontrar una conceptualización unitaria y pacífica sobre la dogmática jurídica, ésta se empleará en el sentido planteado por COURTIS, es decir, como método que "se propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo"[5]. En tal sentido, se busca analizar dogmáticamente tanto los derechos fundamentales en su calidad de objetos de la justicia constitucional como la configuración que deben poseer los sistemas domésticos para cumplir eficazmente con la función de garantizarlos jurisdiccionalmente.

El análisis dogmático se complementará con el empleo de la metodología comparativa, entendiendo por tal, aquella que, según ROSENFELD y SAJÓ, "consiste en clasificar y tener en cuenta las similitudes y diferencias entre las unidades que figuran

[5] COURTIS, Cristian. "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática". En: COURTIS, Cristian (ed.) *Observar la ley*. Madrid: Trotta, 2006, p. 106.

como objetos de comparación"[6]. La comparación jurídica seguirá el enfoque funcionalista, operación que, conforme a ZWEIGERT y KÖTZ, es sólo posible entre objetos "que cumplan una misma función"[7]. Únicamente así, los sistemas de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales chileno y español, que tributan a una misma funcionalidad, pueden ser contrastados, a pesar de presentar estructuras procesales diferenciadas. En específico, la comparación funcional propuesta, se formulará desde una perspectiva normativa, la cual, en palabras de la profesora VICKI C. JACKSON, es aquella "en que el investigador busca identificar qué diseños diseños constitucionales o doctrinas están mejor adaptadas para producir consecuencias que son normativamente valiosas"[8]. Ello es de particular interés, pues el propósito medular de este ejercicio comparativo es determinar si el trasplante jurídico[9], a través de la circulación del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales al ordenamiento chileno -o, siguiendo a SOMMA, su "injerto"[10]- permitiría, por un lado, eliminar los problemas sistémicos que actualmente presenta éste y, por otro, no insertar o exportar nuevas deficiencias, que tornen más gravosa la incorporación de la institucionalidad sugerida que la mantención de la actual.

[6] ROSENFELD, Michael y SAJÓ, Andras. "Introduction". En: ROSENFELD, Michael y SAJÓ, Andras (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 11. (Traducción del autor).

[7] ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Heinz. *Introducción al Derecho Comparado*. Oxford University Press, 2002, p. 39.

[8] JACKSON, Vicki C. "Comparative Constitutional Law: Methodologies". En: ROSENFELD y SAJÓ (eds.) Ob. Cit., p. 5. (Traducción del autor)

[9] Este concepto, que es el que ha sido clásicamente utilizado en la materia, fue acuñado por Alan Watson, quien lo definió, en lo que interesa a esta investigación, como "el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro (…)" WATSON, Alan. *Legal Transplants: An approach to comparative literature*. Athens: University of Georgia Press, 1993, p. 21. (Traducción del autor). La utilización de esta nomenclatura no está exenta de críticas, principalmente derivadas de su origen, pues, en la obra de su autor, se empleó para designar la imitación de las normas del Derecho Romano en ordenamientos cronológicamente posteriores, los cuales, a diferencia del primero, no serían enteramente originales. A pesar de ello, en su momento, sirvió para explicar, mediante el recurso a una metáfora relativamente sencilla, un fenómeno en creciente aumento, que podía traducirse en un fracaso o éxito, tal como ocurre con un trasplante en botánica o medicina. Para ahondar más en este asunto, ver, por todos, BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. "Trasplante jurídico". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 17, 2019, p. 263.

[10] Alessandro Somma, en lugar de "trasplante jurídico", prefiere denominarle "mutación jurídica por imitación." En su opinión y siguiendo a Feldman, la primera designación requiere reconocer implícitamente una cierta superioridad al ordenamiento empleado como modelo para una transformación jurídica, además de suponer que el organismo donante ha muerto y el receptor asume sólo un rol pasivo. A su juicio, se trata más de un "injerto" o de la "fusión de las vidas de dos organismos", lo que implica reconocer metafóricamente que ambos derechos están vivos y tienen sus propias particularidades, además que lo que se implanta es una institución o regla que evolucionará según las posibilidades y el funcionamiento del ordenamiento en que se inserta. SOMMA, Alessandro. *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015, pp. 133-135.

Para llevar a cabo la investigación propuesta, este trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos. En el primero, se analiza el tránsito de los derechos fundamentales desde su carácter programático hasta su plena obligatoriedad jurídica, se aborda su concepto (o concepciones), se trata detenidamente su doble dimensión y se reflexiona sobre las implicancias de su garantía. En el capítulo segundo, se desarrolla la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales a través de la justicia constitucional y el impacto que la aplicación directa de aquéllos produjo en los modelos jurisdiccionales clásicos; posteriormente, se analiza la garantía jurisdiccional de tales derechos desde sus dos perspectivas: subjetiva y objetiva, dando cuenta detallada de los mecanismos que se orientan a cada una de ellas y de las técnicas que permiten su eficaz funcionamiento. En el tercer capítulo, se aborda el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en España, sus bases y características, y se analiza la composición y operatoria de sus institutos de garantía subjetiva y objetiva. En el capítulo cuarto, se trata el modelo chileno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, sus fundamentos e historia, se ahonda en sus mecanismos de garantía subjetiva y objetiva y se formulan propuestas de optimización. A continuación de cada capítulo, existe un acápite que sistematiza las principales inferencias que han podido ser extraídas de éste, sin perjuicio de que las conclusiones generales de esta investigación se encuentran sistematizadas en el respectivo apartado, al final de la misma.

La presente investigación ha sido posible gracias al financiamiento proveniente del programa de Becas de Doctorado Nacional de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) del Estado de Chile y al patrocinio y beca concedidos por la Universidad Católica del Norte. Por su parte, el apoyo económico brindado por el Programa "Desafíos Globales para la Democracia" de la Universidad de Chile permitió ampliar los horizontes de esta investigación. Asimismo, este trabajo se ha desarrollado en el marco de un convenio de cotutela suscrito entre la Universidad de Chile y la Universidad de Valladolid. El respaldo brindado por todos y cada uno de los programas e instituciones mencionadas ha sido fundamental en el desarrollo y culminación de esta tesis doctoral.

CAPÍTULO 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

La justicia constitucional, antes del problema de su propia conceptualización, enfrenta la esencial dificultad de intentar definir el objeto está llamada a aplicar: la Constitución. En tal sentido, de lo único que puede tenerse certeza es que no existe un concepto unitario de Constitución y que cualquier noción a la que se recurra traerá entreverada, en mayor o menor medida, y de forma inconsciente o deliberada, un compromiso con alguna posición filosófica, ideal político o teoría sobre el objeto y fines del derecho. Del modo anterior, la interpretación constitucional, que es la labor que cumplen esencialmente -pero no en forma exclusiva- los órganos de justicia constitucional, dependerá, como expresa COMANDUCCI, del concepto de Constitución que se defienda[11].

La falta de univocidad en torno al concepto de Constitución puede sortearse, para efectos de introducir esta discusión, mediante al recurso a su noción racional-normativa o clásica[12], que ha tenido una recepción mayoritaria en la doctrina española y, en cuya virtud, únicamente puede considerarse "como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita"[13]. Tales características elementales son las que permiten distinguir a la Constitución del resto de las normas que componen un determinado ordenamiento y constituirán nuestro punto de partida para aproximarnos a ésta, en tanto objeto de la jurisdicción constitucional.

La supremacía de la Constitución -como afirma DÍAZ REVORIO- debe garantizarse mediante mecanismos de control de las normas jurídicas de rango inferior[14]. En el mismo sentido, STARCK indica que la jurisdicción constitucional es un instrumento capital para la defensa de dicha supremacía[15]. De esa forma, la función de control llevada a cabo por

[11] COMANDUCCI, Paolo. *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2016, pp. 27-40.
[12] La identificación entre los conceptos racional-normativo y clásico es propuesto, entre otros muchos autores, por Paloma Biglino. Ver, al efecto: BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La Constitución fue norma por ser pacto federal". *Teoría y Realidad Constitucional,* vol. 28, 2011, pp. 179-180.
[13] GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 39.
[14] DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional". *Quid Juris,* vol. 6, 2008, p. 24.
[15] STARCK, Christian. "La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* vol. 7, 2003, p. 479.

los distintos órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, sólo es posible -como indica BIGLINO- en presencia de una Constitución con fuerza normativa[16].

1.1. De la proclamación constitucional de los derechos fundamentales a su garantía jurisdiccional

La instalación del paradigma de la Constitución normativa o vinculante, ha producido una verdadera revolución en los derechos fundamentales, los que han pasado desde el plano de las declaraciones programáticas al de las normas jurídicas directamente aplicables. Como resultado, éstos se transformaron conceptualmente, adquirieron nuevas dimensiones e hicieron surgir nuevas formas de control para velar por su observancia. Por otra parte, los procesos constitucionales preexistentes, cuya finalidad esencial era la preservación de las competencias atributivas de diferentes órganos públicos, incorporaron una función protectora de los derechos fundamentales. Este fenómeno, en algunos sistemas, fue complementado por el surgimiento de nuevas vías procesales destinadas exclusivamente a la tutela directa de tales derechos.

Adicionalmente, antes de la normatividad de las Constituciones, la protección de los derechos fundamentales sólo se dispensaba a través de los procesos ordinarios, en que los jueces aplicaban la legalidad dictada bajo su influjo programático. Sin embargo, el advenimiento de este nuevo paradigma determinó que el legislador interno, en distintos países, comenzara a crear procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales y que los jueces los incorporaran como normas directamente vinculantes y de aplicación prioritaria.

Las transformaciones antes descritas, indudablemente provocaron un reforzamiento en la protección de las personas. Sin embargo, la ampliación de las funciones del control de constitucionalidad, la creación de nuevos procesos constitucionales y legales para la tutela directa de los derechos fundamentales y la incorporación de éstos al repertorio de las normas inmediatamente aplicables por los jueces ordinarios, implicaron una redistribución atributiva entre tribunales (especialmente, en aquellos sistemas en que la jurisdicción constitucional y la ordinaria se ejercen por órganos diferentes) y un nuevo balance de fuerzas entre los órganos jurisdiccionales y los demás poderes constituidos.

[16] BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Parlamento, principio democrático y justicia constitucional". *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. XII, 2001, pp. 183-184.

Todo lo anterior ha demandado ajustes en el derecho sustantivo y, también, en el procesal. Este último, al que se suele atribuir un rol puramente adjetivo y/o secundario, tiene una incidencia medular en el disfrute efectivo de los derechos fundamentales, pues tanta importancia tiene la proclamación constitucional de éstos como sus técnicas de garantía y, especialmente, aquellas de orden jurisdiccional.

En efecto, las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, debido a la bidimensionalidad de éstos, deben orientarse a dos finalidades: por un lado, el otorgamiento de tutela a las posiciones subjetivas de sus titulares, toda vez que se consideren lesionados en ellas y, por otro, el desarrollo jurisprudencial de un significado objetivo de los mismos, que oriente el quehacer de los demás tribunales y del conjunto de órganos estatales.

Por lo anterior, las garantías jurisdiccionales deben estar configuradas para funcionar articuladamente con los demás mecanismos de tutela subjetiva que prevé el ordenamiento, sean ordinarios o especiales y, también, para permitir la consolidación jurisprudencial de un significado objetivo para los derechos fundamentales. En estas materias, y a pesar de algunos problemas que se expondrán oportunamente, el ordenamiento español constituye un ejemplo de configuración virtuosa del sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, mientras que el caso chileno representa el patrón contrario; todo ello, según se desarrollará en los capítulos respectivos.

1.1.1. Antecedentes de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

La idea de la jurisdicción constitucional puede encontrarse, al menos de modo germinal, ya en la obra del abate Sièyes[17]. Sin embargo, no será hasta la construcción

[17] Sieyès creía, contra la posición de la mayoría revolucionaria, que el legislador debía estar sujeto a la vigilancia de un órgano creado para garantizar la vigencia de la Constitución. A este respecto, debe indicarse que, aunque algunos consideran a Durand de Maillane como el primer teórico en idear un órgano de esta especie, tanto la institución propuesta por éste como la propugnada por el abate no eran órganos jurisdiccionales, sino, a lo sumo, cuasi-jurisdiccionales. Ello, al extremo de que se considera que la institución propuesta por Sieyès fue la base para la posterior creación del Senado francés. Al efecto, se sugiere revisar los siguientes textos: SIEYÈS, Emanuel. "Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución". En: PANTOJA, David (comp.) *Escritos Políticos de Sieyès*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 420-421; SIEYÈS, Emanuel. "Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del Termidor". En PANTOJA, (comp.) Ob. Cit., pp. 247-258; CARPIO MARCOS, Edgar. "La Jury Constitutionnaire en el pensamiento de Sièyes". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 95, 1999, pp. 269-320; y, también, TAJADURA TEJADA, Javier. "El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la justicia

pretoriana estadounidense del modelo del *judicial review*, que ésta comenzará a tomar forma. Europa tardará varias décadas más en instalar un andamiaje institucional que permita el control de los productos normativos del Parlamento. Al respecto, y tal como ha afirmado reiteradamente el profesor FERNÁNDEZ SEGADO, el origen de los sistemas de justicia constitucional, tanto en Estados Unidos como en Europa, vendrá dado por la necesidad de limitar unos poderes en pos de otros: el de los Estados federados frente al gobierno central[18] y el del legislativo frente al judicial,[19] en Norteamérica, y el del judicial frente al legislativo, en Europa[20].

En los siglos XVIII y XIX, únicamente en el derecho constitucional norteamericano será posible concebir un verdadero control de constitucionalidad y, en tal escenario, los derechos proclamados constitucionalmente servirán, desde temprano, como parámetro para la revisión judicial de las leyes y demás actos del poder público, primero, del nivel federal y, tras la aprobación de la Enmienda XIV, también del nivel estatal. En cambio, como observa STARCK, la mayoría de los Estados de Europa y América Latina sólo implementarán una jurisdicción constitucional con control de normas, después de la Segunda Guerra Mundial[21].

A mediados del siglo XX y como resultado de los traumas históricos del pasado reciente, los derechos fundamentales pasaron a ocupar una posición de centralidad, lo que, entre otras cosas, se materializó en su plena justiciabilidad. Esto, en varios ordenamientos de Europa y América Latina, desembocó en la creación de una serie de institutos procesales para su tutela directa, lo que, a la postre, determinaría el surgimiento de aquella rama que CAPPELLETTI denominó "jurisdicción constitucional de la libertad"[22]. Antes de la época mencionada, si bien existieron, en diferentes latitudes, algunos

constitucional en Europa". *Revista Vasca de Administración Pública [Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkari]* vol. 99-100, 2014, pp. 2807-2837.

[18] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El trasfondo político y jurídico de la Marbury v. Madison decisión". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 15, año 2011a, pp. 187-189.

[19] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La sentencia Marbury v. Madison". *Revista de las Cortes Generales*, vol. 83, 2011b, pp. 93-101.

[20] Fernández Segado comenta, referenciando la obra del jurista italiano Adriano Giovannelli sobre el ideal subyacente en los orígenes de la justicia constitucional europea, que "tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces." FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Pensamiento Constitucional*, vol. 11, 2005, p. 28.

[21] STARCK, Christian. *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2011, p.18.

[22] CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 17-50.

mecanismos para la exigibilidad jurisdiccional de algunos derechos fundamentales (como ocurría con el hábeas corpus), ello representaba más una excepción que la regla general. Lo anterior, pues los derechos fundamentales, como categoría jurídica, sólo cobrarían fuerza normativa tras la aprobación de las Constituciones de la segunda posguerra.

En ese sentido, si bien los hitos iniciales en la evolución de los derechos de las personas (o del hombre, en su nomenclatura liberal) pueden situarse, dependiendo del enfoque historiográfico, en diferentes momentos del pasado, desde el punto de vista jurídico-constitucional, los derechos fundamentales son una categoría muy reciente y que, en algunos aspectos, se encuentra aún en construcción y presenta, desde luego, algunos dilemas e incongruencias. Comenzar desde estas premisas, por una parte, permite comprender la raíz de algunas deficiencias y paradojas de aquella rama de la jurisdicción constitucional que pretende brindar amparo a los derechos fundamentales y, desde el punto de vista científico, obliga a ahondar en la teoría general que busca explicarlos, antes de reflexionar sobre los instrumentos procesales que procuran tutelarlos.

Por último, es importante destacar que, tal como señala GIANCARLO ROLLA, los derechos fundamentales, por un lado y la justicia constitucional, por otro, son dos elementos esenciales e indisolublemente unidos en el constitucionalismo contemporáneo, en la medida que su "coexistencia es necesaria para definir a un determinado ordenamiento como 'Estado Democrático de Derecho'"[23]. Esta investigación se sitúa, desde luego, en ese contexto jurídico-político, entendiendo que, tanto los derechos y sus garantías como el entramado orgánico, funciones y procedimientos que conforman la jurisdicción constitucional, sólo pueden tener vigencia y desplegar la plenitud de sus efectos en un Estado que se pretenda democrático y de derecho. Por ello, tampoco es de extrañar que este primer capítulo se centre justamente en el análisis de ambos elementos.

1.1.2. De la garantía legal de los derechos fundamentales a su garantía jurisdiccional

El análisis que se formula a continuación, si bien se adentra en aspectos sustanciales de la teoría general de los derechos fundamentales, se aproxima a estos últimos, principalmente, en su calidad de objetos de la jurisdicción constitucional. Por ello, la reflexión se circunscribe a aquellos tópicos de la referida teoría que resultan

[23] ROLLA, Giancarlo. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Lima: Grijley, 2008, p. 54.

cruciales para su defensa jurisdiccional, esencialmente, en lo referido a su concepto y a la noción de garantía, reservando un espacio considerable a su doble dimensión o naturaleza. Esto último, dado que la faz subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales se conecta con las funciones que deben colmar sus mecanismos de garantía jurisdiccional: brindar tutela a los titulares afectados y, a la vez, desarrollar su significado desde una perspectiva jurídico-institucional. Los aspectos teóricos antes mencionados son los que se vinculan más estrechamente con la jurisdicción constitucional y permiten explicar en qué consiste su objeto.

El presente trabajo busca indagar las implicancias que la configuración procesal de los mecanismos de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales tiene sobre sus dimensiones subjetiva y objetiva en un ordenamiento dado (en este caso, los modelos español y chileno). En tal sentido, es crucial recordar que toda reflexión adjetiva sobre los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, debe siempre encauzarse hacia su sustancia, que es la que los dota de la importancia que revisten en el marco de cualquier discusión jurídica y, especialmente, de aquellas que se ventilan ante los órganos que ejercen jurisdicción.

Hablando en términos históricos, la idea de los derechos fundamentales como atributos universales y exigibles jurisdiccionalmente se remonta sólo unas algunas décadas atrás. No obstante, la germinal idea de unos derechos de la persona puede rastrearse, según algunos, hasta la Edad Antigua[24]. Otros, en cambio, sitúan su punto de partida en otros hitos historiográficos, tales como el otorgamiento de la Carta Magna, en la Inglaterra de 1215[25] o el establecimiento de procedimientos de resguardo de la libertad individual, durante el medioevo, en el Reino de Aragón[26]. Más allá de tal discusión, lo

[24] Como sintetiza el profesor Bastida Freijedo, según la denominada fundamentación historicista de los derechos fundamentales, éstos existían ya en la antigua Grecia o en la Roma clásica, con la salvedad de que sus titulares no eran todos los seres humanos, sino sólo aquellos que colmaban el estatus de "hombres libres". BASTIDA FREIJEDO, Francisco. "El fundamento de los derechos fundamentales". *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, vol. 3, 2005, 42. En un sentido similar, se pronunció el jurista chileno Alejandro Guzmán, quien expresó que el Derecho, desde siempre, ha reconocido y protegido un conjunto de "bienes éticos" que hoy coinciden con los comúnmente denominados "derechos humanos". Ver, al efecto: GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Sobre la naturaleza de la teoría de los derechos del hombre", *Revista de Derecho público*, volúmenes 41-42, 2016, pp. 77-78.

[25] Como se ha dicho, tal instrumento se convirtió en "la piedra de toque" del Derecho Constitucional inglés y, más tarde, del norteamericano. AITKEN, Robert y AITKEN, Marilyn. "Magna Carta". *Litigation*, vol. 35 N° 3, 2009, p. 59.

[26] En tal sentido, según Fairén Guillén, el Reino de Aragón concibió la idea de la "protección judicial como garantía del derecho de libertad". Así lo comprueba la existencia de la manifestación y la firma, antiquísimos procedimientos de reclamación aragoneses, ante una autoridad jurisdiccional, procedentes frente a los "greuges" (o agravios) cometidos por la autoridad. Ver más en: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. México: Universidad Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, pp. 99-101.

cierto es que sólo con el advenimiento de las revoluciones liberales en occidente y, específicamente, en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, España y América Latina, los derechos fundamentales se situarán en el centro de la agenda política y serán invocados como el fundamento para propiciar la caída viejo orden y sentar las bases del paradigma democrático representativo. En síntesis, el siglo XVIII será testigo de la asunción de los derechos fundamentales a un sitial protagónico en el ideario social y el discurso político.

El auge de los derechos trajo consigo, desde la perspectiva de la técnica, la tendencia de formalizarlos, proclamándolos en un catálogo escrito, primero en solemnes declaraciones independientes y, posteriormente, dentro las Constituciones que serían aprobadas como resultado de los procesos revolucionarios experimentados por dichas naciones.

La escrituración de los derechos fundamentales constituye el rescate de una técnica inaugurada por la Carta Magna, durante el medioevo inglés, al pretender la limitación del poder mediante la enunciación de un plexo de derechos en favor de los gobernados. Empero, las revoluciones que inauguraron la Edad Contemporánea, como nota diferenciadora con los movimientos reivindicativos que las precedieron, enarbolaron la bandera de la titularidad universal de los derechos fundamentales, al reconocer -al menos, formalmente- a todos los seres humanos como sujetos de éstos y no sólo un grupo o estamento privilegiado, como había sido la tónica hasta entonces.

A pesar de que el triunfo de las revoluciones liberales significó el reconocimiento de la innegable trascendencia social y política de los derechos fundamentales, durante el mismo período y por bastante tiempo, en la mayor parte del mundo, éstos carecerán de fuerza jurídica. Lo anterior, por cuanto las solemnes declaraciones que inicialmente los proclamaron y, con posterioridad, las Constituciones que los contenían, eran considerados documentos aspiracionales o meramente programáticos, para cuya materialización el legislador debía intervenir. Como, con gran acierto señaló KRÜGER, esta es la época en que existían "derechos fundamentales en el ámbito de las leyes"[27].

En el contexto antes descrito, las primeras controversias jurídicas sobre el desconocimiento o violación de los derechos constitucionalmente proclamados, sólo podrán ceñirse a determinar la conformidad de la conducta objetada con la legalidad que los operativizaba. En otras palabras, la discusión sobre derechos fundamentales, no

[27] KRÜGER, Herbert. "Die Einschrünkung von Grundrechten nach Grundgesetz". *Deutsches Verwaltungsblatt*. Colonia: Carl Heymanns, Colonia, 1950, p. 626. (Traducción bajo responsabilidad del autor).

tendría un carácter autónomo, sino que versaría sobre la observancia de la legislación ordinaria que se dictaba para implementarlos. Como explica ROMBOLI, en tal período, la garantía de los derechos será labor del legislador, no de los jueces[28].

Tras las guerras mundiales, el "axioma" del legislador racional[29] entrará en crisis y la necesidad de proteger los principios y derechos recogidos en las nuevas Cartas Fundamentales, se materializará en la consagración de su propia supremacía y rigidez, así como en el establecimiento de procedimientos de control de constitucionalidad[30]. Paradójicamente, en esta renovada concepción, el legislador será considerado la mayor amenaza a los derechos fundamentales, pero también su principal garante. Lo anterior se expresa en el dilema formulado por OWEN FISS, quien señaló que Estado ya no sería sólo el "enemigo natural de la libertad", sino que, además, había que imaginarlo como un "amigo" de ésta[31].

En el mismo orden de ideas y sobre dicha paradoja, DIEZ-PICAZO ha explicado que los derechos fundamentales constituyen primariamente barreras frente al legislador, aunque "su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa"[32]. Continúa dicho autor, observando que, "en general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae inevitablemente consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos. Así, los derechos fundamentales son, a la vez, límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma"[33]. Añade, que "el cuadro se complica aún más si se tiene en cuenta que, para el constitucionalismo, la ley no es solo una amenaza potencial para los derechos fundamentales sino también, de manera un tanto misteriosa, una garantía de los mismos, tal como demuestra el instituto de las reservas de ley"[34]. En síntesis, indica que "junto a una 'vinculación negativa' de la ley a los derechos fundamentales, en virtud de la cual estos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada

[28] ROMBOLI, Roberto. "Derechos fundamentales entre Juez y Legislador". *Revista Judicial de Costa Rica*, volumen 120, 2017, pp. 17-18.
[29] La creencia en una incuestionable ecuanimidad del legislativo, traducida en su omnipotencia política y jurídica, García Amado la califica como "axioma". Al efecto, ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón y práctica de la legislación. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, vol. 5, N° 9, 2000, p.304.
[30] ROMBOLI. Ob. Cit., p. 18.
[31] FISS M., Owen. *The irony of free speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 19. (Traducción del autor).
[32] DIEZ-PICAZO. Ob. Cit., p. 97.
[33] Ibídem.
[34] Ibídem.

‘vinculación positiva’ que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales. Todo este complejo entramado de relaciones es a veces gráficamente resumido con la fórmula “legislador de los derechos fundamentales”[35].Con el advenimiento de la normatividad de las constituciones, este doble rol del legislador, a su turno, obligará a distinguir la existencia de dos niveles de normación y, con ello, dos parámetros jurídicos diferenciados a la hora de ejercer el control jurídico: el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad.

El surgimiento de tal diferenciación, trajo aparejadas importantes transformaciones en el tradicional sistema de fuentes del derecho, pasando el constituyente a ocupar un lugar privilegiado, precediendo y condicionando al legislador, tanto en la forma como en el contenido de sus actos y desplazándolo, por tanto, en jerarquía.

Por otro lado, esta mutación implicó una revolución en el sistema de control jurídico, mediante la creación de nuevos órganos, mecanismos y procedimientos para velar por la supremacía de la Constitución, que comenzaron a operar en paralelo y, en muchos casos, también de forma complementaria, a las ya existentes vías de control de legalidad. Tal es el punto de partida de una parte del cuadro de problematización que aborda este trabajo, en la medida que la distinción entre los parámetros de constitucionalidad y legalidad, los mecanismos para hacer valer uno y otro, y en última instancia, la diferenciación entre órganos de jurisdicción constitucional u ordinaria, son la base de las disquisiciones que se plantearán a propósito de la garantía subjetiva de los derechos fundamentales. Ello, porque, hoy en día, tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional, tienen como misión su desarrollo y garantía, pero desde diferentes ámbitos, los cuales no siempre aparecen claramente delimitados.

La otra parte del cuadro de problematización, se conecta con la interpretación objetiva de los derechos fundamentales, pues éstos, dada la estructura principial de las normas que los proclaman, requieren un nivel de concreción que el legislador, por sí solo, no puede colmar. Por ello, la jurisdicción constitucional (y en aquellos lugares en que existe, la jurisdicción constitucional de la libertad) debe contribuir a su desarrollo, a través de directrices interpretativas que sirvan de pautas objetivas para el accionar de todos los poderes públicos. Para alcanzar esta finalidad, no sólo basta que los órganos jurisdiccionales encargados de la fijación hermenéutica de los derechos fundamentales se

[35] Ibídem.

propongan cumplir con esa tarea, sino que los dispositivos procesales a través de los cuales éstos se pronuncian, estén configurados para permitírselo.

Con lo dicho, la relación entre la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional de la libertad, será la médula de esta investigación. De esa forma, tal vinculación se abordará teóricamente en el capítulo primero, para luego aterrizarla a los ordenamientos español y chileno, en los capítulos segundo y tercero, respectivamente. Lo anterior se traducirá específicamente en un análisis de la configuración procesal de sus respectivos institutos de amparo, en función de analizar sus repercusiones, a la luz de las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, extrayendo conclusiones respecto de ambos sistemas y determinando si las soluciones para el modelo chileno están en el español, en un ajuste de su configuración actual o en una mixtura de ambas.

1.1.3. Aproximación conceptual a los derechos fundamentales

Cualquier aproximación conceptual a los derechos fundamentales puede convertirse en objeto de controversia, pues en la teoría jurídica no existe pleno consenso respecto de sus elementos esenciales y no es complejo imaginar objeciones a cualquier conceptualización que se formule, tanto por exceso como por defecto. Además, tratándose de una materia que no sólo es jurídica, sino que también tiene fuertes implicancias sociales, políticas y filosóficas, es posible encontrar una serie de posturas y matices, que responden a las más variadas escuelas de pensamiento e ideologías.

A lo anterior debe añadirse que, tal como afirma DWORKIN, no es lo mismo hablar de "concepto" que de "concepciones"[36]. El primero -explica PÉREZ LUÑO- alude al significado teórico de un término, mientras que las segundas, se refieren a su llevada a la práctica. Así, apelar a un concepto equivale a crear un problema, mientras que formular una concepción implica la intención de resolverlo[37]. De esa manera, es posible encontrar una serie de concepciones sobre los derechos fundamentales.

En razón de lo anterior, se torna importante señalar, primero, que la aproximación que se formula se realizará únicamente desde una perspectiva jurídica, sin perjuicio de

[36] DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambrige: Harvard University Press, pp. 70-72. (Traducción del autor).
[37] PÉREZ LUÑO, Antonio. **"**Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 4, 1987, p. 47.

que el actual estado de avance del derecho, en la materia, pueda ser tributario de una o más visiones filosóficas o doctrinas políticas. En segundo lugar, es importante tener presente que las diferencias en las concepciones sobre los derechos fundamentales, en la mayor parte de los casos, pueden remontarse hasta las diversas fundamentaciones sobre su origen y naturaleza, discusiones que, a pesar de su riqueza y trascendencia, no serán abordadas en este trabajo, por tener una conexión sólo indirecta con el asunto principal sobre el que éste versa.

En cambio, por relacionarse directamente con el objeto de este estudio, esta aproximación conceptual -cuya finalidad es netamente instrumental- discurrirá principalmente sobre la diferencia entre las concepciones material y formal de los derechos fundamentales, incluyendo la relación entre las nociones de "derechos humanos" y "derechos fundamentales". La importancia de tales reflexiones estriba en que, arrojar luces sobre ellas, sirve para ir precisando el objeto tutelado por la jurisdicción constitucional de derechos fundamentales.

1.1.3.1. Concepciones material, formal y ecléctica de los derechos fundamentales

Existen tesis que adscriben a una concepción material, para las cuales son fundamentales aquellos derechos más estrechamente vinculados a la dignidad humana[38] y sin los cuales no es posible la subsistencia de las personas, su desarrollo en sociedad o el cumplimiento de sus planes de vida[39]. En esa misma línea y siguiendo a FERRAJOLI, son fundamentales "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar."[40] Más allá de los defectos que puedan atribuírsele[41],

[38] ROLLA, Giancarlo. "El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo". *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 49, 2003, p. 247.

[39] La importancia del concepto de "planes de vida" como las opciones posibles entre diferentes proyectos y decisiones existenciales derivadas del ejercicio de los derechos fundamentales, puede rastrearse hasta la obra de Peces-Barba. Al efecto, ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Ética, política y Derecho: el paradigma de la modernidad". *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* vol. 70, 1999, pp. 540-554.

[40] FERRAJOLI, Luigi. "Derechos Fundamentales". En su: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

[41] Una interesante crítica a esta definición, fundada principalmente en su descontextualización, es la que se formula en el siguiente trabajo: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. "Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la Teoría del Derecho)". *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. XXIX, 2013, pp. 35-55.

esta definición resulta crucial para la comprensión del concepto material o sustantivo de los derechos fundamentales.

La noción material o sustantiva de los derechos fundamentales pone el acento en su titularidad universal y en la importancia de su contenido para los seres humanos en general. De esa manera, para tal visión, resulta accesoria cualquier consideración sobre las diferencias específicas que puedan presentar distintos ordenamientos en cuanto al modo de regularlos.

Para la concepción material, incluso resultaría indiferente la ubicación en el sistema de fuentes de la norma que proclame tales derechos, reconocimiento que puede darse, por tanto, a nivel constitucional o simplemente legal [42], pues su centralidad no vendría dada por su continente normativo, sino por su propia naturaleza. Más aún, siguiendo esta noción, podrían considerarse derechos fundamentales aquellos que no se encuentran positivizados en norma jurídica alguna[43].

En suma, la concepción sustantiva desconsidera la jerarquía de las normas consagratorias de derechos a la hora de juzgar su fundamentalidad y, además, estima que cualquier catálogo existente es meramente enunciativo. De esta manera, esta tesis presenta fortalezas, que están conectadas con las infinitas posibilidades que ofrece su apertura, laxitud que, sin embargo, origina problemas a la hora de intentar distinguir, con criterios inequívocos, los derechos fundamentales de otros derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos suelen reconocer a las personas.

Por otro lado, para las tesis que adscriben a una concepción formal de los derechos fundamentales, éstos son sólo los que se encuentran proclamados como tales, a nivel constitucional o, al menos, supralegal, pues su resistencia frente al legislador es su principal rasgo definitorio[44]. En esta noción, cobran relevancia la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de la ley como garantías de tales derechos frente al legislador[45]. Esta concepción, que prescinde de consideraciones materiales respecto de la titularidad o funcionalidad de los derechos fundamentales, únicamente considera como tales los derechos subjetivos proclamados en tal carácter, lo que, sin lugar a dudas, se condice de mejor manera con las exigencias de la seguridad jurídica, pero constriñe en

[42] DÍEZ PICAZO. Ob. Cit., p. 30.
[43] FERRAJOLI. Ob. Cit., p. 20.
[44] DIEZ PICAZO. Ob. Cit. p. 31.
[45] Ibídem. También, ROMBOLI. Ob. Cit., p. 18. Asimismo, PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 111.

extremo sus posibilidades de adaptación, anclándolos indefectiblemente a la literalidad y tiempo de su redacción.

A pesar de las diferencias anotadas, lo usual -como indica DIEZ-PICAZO- es que ambas concepciones converjan y que los ordenamientos reconozcan formalmente como fundamentales, derechos subjetivos estrechamente vinculados al valor de la dignidad humana. Ello no excluye que puedan darse situaciones de desavenencia entre tales nociones, como ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento formal, mediante la II Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, de un derecho fundamental a portar y poseer armas, cuya pertenencia material a la categoría resulta seriamente cuestionable[46] o, por el contrario, como acontece con el derecho a la identidad de la persona en la Constitución chilena, el cual, a pesar de encontrarse estrechamente conectado con la dignidad humana, está notoriamente ausente del ordenamiento chileno, como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional[47].

Por lo anterior, y a pesar de la riqueza de los argumentos a favor de una y otra noción, se ha decidido seguir, en la presente investigación, una tesis ecléctica o

[46] Lo dicho debe entenderse, sin perjuicio de que existe fuerte controversia sobre la verdadera existencia de un derecho individual a portar y poseer armas, derivado de la historia de la Enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos, debido a que, según varios autores, la intención original del constituyente era garantizar la posesión de armas por parte de la milicia y no de los civiles. Al efecto, ver la interesante discusión planteada en: ARÉVALO RAMÍREZ, Walter y GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. "La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio". *Ius et Praxis*, volumen 24, N° 2, 2018, pp. 416-426. A pesar de ello, el precedente dominante en la materia es el sentado por el caso *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), en que la Corte Suprema estadounidense reconoció tal derecho, también, como uno de naturaleza individual, en favor de los civiles.

[47] Dicha constatación puede leerse en los fundamentos jurídicos de diferentes sentencias del Tribunal Constitucional chileno, entre ellas, las siguientes: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 834-07, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Julio Magri Rabaglio respecto de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, en relación a la causa caratulada 'Magri con Magri', RIT Nº C-680-2007, RUC 07-2-0098411-5, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago. (Considerando 15°); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 1340-09. Requerimiento de inaplicabilidad del juez presidente del Juzgado de Familia de Puadahuel, en la causa RIT C-111-2009, caratulada 'Muñoz con Muñoz', sobre la aplicación del artículo 206 del Código Civil. (Considerando 9°). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 2105-2011, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juzgado de Familia de Temuco respecto de los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio de la Ley N° 19.585, en los autos sobre reclamación de filiación, de que conoce el Juzgado de Familia de Temuco, bajo el RIT C-1975-2011, considerando 6°; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 7670-2019, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Marko Reidenvach Sarkovic, en adelante Savka Reidenvach Sarkovic, respecto del artículo 1 de la Ley N° 17.344, en los autos voluntarios sobre rectificación de partida de nacimiento, Rol V-24-2019, del 17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 11942-2019. (Considerando 9°); y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 11969-2021, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Copiapó respecto del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica, en el proceso Rol V-1395-2020, seguido ante el Cuarto Juzgado de Letras de Copiapó, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Copiapó, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 80-2021. (Considerando 9°).

intermedia, según la cual, son considerados como fundamentales aquellos derechos que lo sean conforme a ambas concepciones. Así, debe tratarse de derechos subjetivos vinculados estrechamente a la dignidad humana y encontrarse proclamados, en tal carácter, por el ordenamiento respectivo. Lo anterior concuerda con el criterio expuesto, en su momento, por el profesor MANUEL ARAGÓN, quien, sobre el particular, señaló: "Los derechos de los ciudadanos son fundamentales no sólo porque sin ellos no serían ciudadanos, es decir, hombres libres, ni el pueblo soberano, esto es pueblo libre, sino además porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es, en la propia Constitución"[48].

1.1.3.2. Relación entre las nociones de "derechos humanos" y "derechos fundamentales"

Las expresiones "derechos fundamentales" y "derechos humanos", en muchas ocasiones, se utilizan como intercambiables. En tal sentido, resulta capital discernir si efectivamente se trata de categorías equivalentes y, por tanto, ambas constituyen el objeto de la jurisdicción constitucional o si, por el contrario, es preciso distinguirlas.

Conviene señalar que, en principio, ambas nociones se caracterizan por una identidad en torno a los bienes que protegen[49], pues tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos aspiran, por igual, a asegurar diferentes atributos o facultades que proyectan la dignidad de la persona[50]. Dicha coincidencia, así como la creciente convergencia entre los estándares protectores internacionales y domésticos, ha llevado a un sector doctrinal minoritario, a sostener que la distinción entre ambas categorías, en la actualidad, carecería de mayor sentido[51].

En la misma línea, es preciso hacer presente que, en Sudamérica, a la luz de la escuela denominada "nuevo constitucionalismo latinoamericano", se ha postulado la identidad entre los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales, en función

---

[48] ARAGÓN REYES, Manuel. "Constitución y derechos fundamentales". En: *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Universidad Autónoma de México, 1993, p. 9.

[49] No obstante, la pretendida identidad de objeto puede ser objeto de discusiones, según pone de relieve, entre otros, el siguiente trabajo: DIP, Ricardo. *Derecho natural y derechos humanos. De cómo el hombre imago dei se tornó imago hominis*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 14-16.

[50] ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama, 2005, p. XIX.

[51] Ibídem. Comparte esa opinión, entre otros: AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. "Derechos fundamentales-derechos humanos: ¿Una distinción válida en el siglo XXI?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIII, N° 127, 2010, pp. 15-71.

de intentar superar las diferenciaciones y matices relativos a la efectividad o justiciabilidad de algunos de ellos[52]. Asimismo, otra corriente, denominada "constitucionalismo andino", ha insistido en que deben separarse ambas nociones, pues hay derechos fundamentales cuyo titular puede ser no-humano, como ocurre con la naturaleza, que es considerada un sujeto de derecho por la Constitución ecuatoriana[53]. Estas propuestas se han formulado en espacios geográficos cercanos a Chile, pero, a pesar de su novedad y proximidad física, no han tenido mayor resonancia en dicho país.

A pesar de las perspectivas presentadas, para la mayoría de los autores europeos y latinoamericanos, si bien ambas nomenclaturas designan, por igual, a un conjunto de derechos emanados de la dignidad humana, se trataría de categorías que operan en diferentes ámbitos. Así, mientras la denominación "derechos fundamentales" sería usual en el ámbito de los ordenamientos internos de la tradición europeo-continental o latinoamericana, la de "derechos humanos" se emplearía en el campo del Derecho Internacional[54]. Sin perjuicio de ello, es importante destacar que, de acuerdo a una línea argumentativa sostenida, entre otros, por PECES-BARBA, la noción de derechos humanos es bastante más amplia, pues excede el contorno de los derechos consagrados normativamente y pueden incluirse en ella expectativas, reivindicaciones u "exigencias éticas derivadas de la idea de dignidad", las cuales, al ser positivizadas, pueden denominarse propiamente "derechos fundamentales"[55].

Sobre la base de lo expuesto, en este trabajo se ha optado por la conceptualización propuesta por PÉREZ LUÑO, la cual, siguiendo una relación de género a especie, considera que los derechos fundamentales son "aquellos derechos humanos garantizados por el

---

[52] Entre ellos: SOTILLO ANTEZANA, Aquiles Ricardo. "La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista Ciencia y Cultura*, vol. 19, N° 35, 2015, p. 177; y, también: IANNACCONE, Rosa. "'El nuevo constitucionalismo latinoamericano' y la forma de estado: algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia". *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Vol. 37, 2022. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE37/articulos/07_IANNACCONE.htm (fecha de visita: 03 de enero, 2024)

[53] ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 142.

[54] Así lo expresan, entre otros: DÍEZ PICAZO. Ob. Cit., pp. 31-34; PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011, pp. 39-40.; ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge Rafael. "Garantía y solidaridad: los límites de los derechos". En: ENRÍQUEZ SÁNCHEZ, José María; MASFERRER, Aniceto; y AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (eds.) *Derechos Humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017, capítulo 9°. Disponible en: https://lectura-unebook-es.ponton.uva.es/viewer/9788436273120/creditos#toc_1.

[55] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "Sobre el puesto en la Historia de los derechos fundamentales". *Anuario de Derechos Humanos,* vol. 4, 1987, p. 220.

ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de tutela reforzada"[56].

Los objetos de la justicia constitucional serán, por tanto, los derechos fundamentales, en la medida que éstos son normas positivizadas en la Constitución y aquélla tiene como propósito primordial, garantizar la vigencia de ésta. Lo anterior, sin perjuicio de que, en algunos ordenamientos, los derechos humanos proclamados en ciertas convenciones internacionales (o en todas ellas) puedan ser objeto de tutela jurisdiccional directa a través de remedios constitucionales, situación que, en ningún caso, resulta ser la regla general en Europa o América Latina.

1.1.3.3. Planteamiento de una interrogante: ¿constituye la garantía un elemento de la esencia de un derecho fundamental?

Sobre la tutela reforzada de los derechos fundamentales, enunciada al final del concepto elaborado por PÉREZ LUÑO, conviene aclarar si, tal como se propone, la posibilidad de garantizarlos constituye un rasgo esencial para su caracterización o si, por el contrario, aquélla es un elemento deseable, pero accidental a la hora de definirlos. En otras palabras, se intentará despejar si un derecho proclamado, pero no garantizado, podría considerarse, a pesar de dicha circunstancia, un verdadero derecho fundamental.

Sin dudas resulta conveniente brindar tutela a los derechos fundamentales, al punto de que, tal como señalara BOBBIO, el principal problema sobre éstos "no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos"[57]. Nada más cierto, considerando el tema de esta tesis. La interrogante que se plantea, empero, busca determinar si esa protección constituye un elemento esencial e indisoluble del carácter fundamental de los derechos.

Lo anterior, como podrá adelantarse, demanda una reflexión más profunda y que se vincula, por un lado, con la doble dimensión de los derechos fundamentales y, por otro, con la noción misma de garantía y sus tipologías. El examen de dichas categorías permitirá tener mayor claridad sobre esta crucial interrogante, la que, a su turno, es una de las piedras angulares sobre las que se asienta esta investigación. Por ello, en lugar de aventurar una respuesta apresurada, se ha propuesto ahondar en los típicos propuestos,

[56] PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., 2011, p. 42.
[57] BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, p. 61.

con el objeto de que la interrogante planteada sea resuelta con la mayor cantidad de elementos técnicos a la vista.

1.2. La doble dimensión de los derechos fundamentales y sus implicancias sustantivas y procesales

La idea de una doble dimensión de los derechos fundamentales tiene como referente inexorable, la celebérrima sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el denominado "caso Lüth."[58] En tal decisión, la referida magistratura razonó que los derechos fundamentales no son sólo derechos subjetivos[59] que amparan a su titular frente a intervenciones injustificadas de los poderes públicos, sino que, también, constituyen un "orden objetivo de valores" [60] proyectable sobre todo el resto del ordenamiento, que impulsa el quehacer de los órganos del Estado y frente al cual ninguna relación jurídica es inmune. Este importante fallo refundió dos aproximaciones a los

[58] El caso en cuestión, puede ser sintetizado, siguiendo a Walter Carnota, de la siguiente manera: "'Lüth' fue un caso algo sinuoso si se quiere en sus inicios, basado en una contienda entre dos cineastas alemanes, los señores Erich Lüth y Veit Harlan. El último había alcanzado fama y notoriedad en la época nazi y pretendía reivindicar ese triste pasado, mientras que el primero se disponía a negarle esa posibilidad, tratando de impedir la exhibición de una nueva película suya. Si uno repasa, entonces, los antecedentes del caso, parece desde un ángulo superficial más anclado en los vericuetos del derecho privado, sin percatarse que sus aristas constitucionales (la libertad de expresión de Lüth) llevarían a que se tuviera que pronunciar la Corte de Karlsruhe en célebre decisión.

El tribunal inferior había resuelto contra Lüth, dado que parecía contraintuitivo "usar la libertad para frenar la libertad". Ya Alemania se encontraba en un empeñoso camino de reconstrucción (al menos en su porción occidental), procurando mirar hacia el futuro y dejar atrás la autocracia. Empero, quedaban aún resabios del nazismo, tanto en la universidad, en la judicatura y en la sociedad en su conjunto.

Nuestro protagonista Lüth decide ocurrir ante el Tribunal Constitucional por vía de amparo en diciembre 2 de 1951, unos pocos meses luego de su instalación." CARNOTA, Walter. "A sesenta años del caso Lüth". *Diario DPI Suplemento Derecho Público Comparado,* vol. 9, 2018. Disponible en: https://www.dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/10/Carnota-Publico-Comparado-2.10.pdf (fecha de visita: 7 de julio, 2023)

[59] Al respecto, señala el fallo Lüth: "Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Sentencia BVerfGE 7, 198; de 15 de enero de 1958. Disponible en: https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf (fecha de visita: 7 de julio, 2023)

[60] Sobre este punto, la misma sentencia, indica: Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 ss.]), sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t. III, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura." Ibídem.

derechos fundamentales, una más antigua que la otra, e hizo reconocibles -siguiendo a RUIZ MIGUEL- dos "naturalezas jurídicas"[61] diferenciadas, encerradas en una misma denominación.

Se cree conveniente precisar que, a pesar de que este tópico suele tratarse bajo el rótulo de "doble dimensión" o "naturaleza dual" de los derechos fundamentales, también aparece referida, en alguna literatura especializada y tal como lo hace PECES-BARBA, como las dos "funciones" de éstos: como normas básicas de identificación de normas (función objetiva) y derechos subjetivos (función subjetiva)[62].

1.2.1. Dimensión subjetiva de los derechos fundamentales

Sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, SOLOZÁBAL ha señalado: "Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal. Desde un punto de vista individual, podemos decir que los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su disfrute resulta imprescindible. Los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del status jurídico del individuo."[63]

Entre las dos dimensiones tradicionalmente atribuidas a los derechos fundamentales, la de éstos como derechos subjetivos es la clásica o tradicional. Tal caracterización implica considerarlos desde la perspectiva de sus titulares y de las funcionalidades que tales derechos despliegan en relación con éstos.

---

[61] La idea de que las dimensiones de los derechos fundamentales se refieren a su naturaleza jurídica, así como la crítica hacia la caracterización tradicional de la dimensión objetiva y la naturaleza "multidimensional" y no simplemente dual de tales derechos, puede encontrarse en la siguiente obra: RUIZ MIGUEL, Carlos. *Constitucionalismo Clásico y Moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2013, pp. 143-165.

[62] Ver más en PECES-BARBA Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, 2014, pp. 413-426.

[63] SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales". *Revista de Estudios Políticos,* vol, 71, 1991, pp. 87-88.

Decir que un derecho fundamental es un derecho subjetivo no añade mayor claridad, en la medida que este segundo concepto no sea abordado.

Para acometer dicha tarea, corresponde recordar que la doctrina de los derechos subjetivos es, a su vez, tributaria de la noción de los "derechos naturales", que comenzó a desarrollarse en el medioevo y cuya influencia en el contractualismo clásico fue notoria. Ambos conceptos serán cruciales en el advenimiento de las revoluciones liberales en Europa y América y, más tarde, en el fenómeno de universalización de los derechos humanos posterior a las Guerras Mundiales.

Antes de la Edad Media, las nociones de "derechos subjetivos" o "derechos naturales" serán completamente desconocidas, en la medida que el Derecho Romano, tradición jurídica dominante en la Edad Antigua, carecía de dicho concepto, encontrándose éste configurado -en palabras de SCHULZ- como un sistema basado en acciones[64].

1.2.1.1. De los derechos naturales a los derechos legales

El desarrollo de la idea de unos "derechos naturales", precursores de los "derechos subjetivos", comenzó entre los siglos XII y XIII, en la Escuela de Bolonia, por obra de los afamados glosadores ACCURSIUS y BÁRTOLO DE SASSOFERRATO[65]. En los siglos posteriores, la idea de unos "derechos naturales" fue invocada por algunas órdenes religiosas, la Iglesia Católica y los nacientes Estados nacionales, para justificar la propiedad privada, la esclavitud y la dominación de territorios y otros espacios físicos descubiertos o conquistados[66].

---

[64] El Derecho Romano, como explica Schulz, "es, en gran parte, un Derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales. Los juristas clásicos no se ocuparon tanto de los derechos y deberes que subyacían en estas acciones, como de las condiciones en que puede disponerse de una acción y de la reparación que con ella puede obtenerse." Ver más en: SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano clásico*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 11.

[65] SPECTOR, Horacio. "La filosofía de los derechos humanos". *Isonomía,* vol. 15, 2001, p. 9.

[66] En efecto, durante la Edad Media y gran parte de la Edad Moderna, la teoría de los "derechos naturales" se erigirá en base teórica para una serie de debates, entre los que se cuentan: primeramente, la polémica entre franciscanos y dominicos sobre la propiedad privada y la pobreza, que moverá a Guillermo de Ockham y Jean Gerson a pronunciarse sobre el carácter "natural" de ciertos atributos humanos (o "potestas", en palabras del primero); posteriormente, el debate sobre la legitimidad de la esclavitud, en el que tanto Francisco de Vitoria, primero y Francisco Suárez, después, intentarían infructuosamente abogar por la "libertad natural" de todos los individuos; en tercer lugar, la disputa sobre el dominio de los mares y los nuevos territorios descubiertos, en que Hugo Grocio, por Holanda y John Selden, por Inglaterra, pretenderán asentar el dominio "natural" de sus respectivos Estados sobre tales espacios físicos; y, luego, la discusión sobre la legitimidad de la monarquía absoluta, cesionaria de los atributos naturales de que gozaban los individuos en el estadio pre-político, en los términos planteados por Thomas Hobbes. Ver más en SPECTOR. Ob. Cit., pp. 10-12.

Dicha doctrina se tornará verdaderamente revolucionaria y dejará de justificar el orden existente, para convertirse en la raíz de su crítica, sólo con JOHN LOCKE[67]. En su obra, los "derechos naturales" de los individuos se erigirán en la base de la legitimidad política, a la vez que en un límite infranqueable por la autoridad. Por ello, como acertadamente propone SALAZAR UGARTE, la tesis de Locke, con los derechos naturales como bandera de lucha, evocará germinalmente "tanto al ideal constitucional como al ideal democrático"[68].

Es en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, bajo el influjo de la obra de LOCKE, que se desarrollará el concepto de "derecho subjetivo" no como "instrumento conceptual para la interpretación del derecho objetivo" sino como "soporte técnico de los derechos naturales"[69]. En otras palabras, los derechos subjetivos en sus orígenes no serán, como lo son hoy, meras facultades reconocidas al individuo por la legalidad ordinaria, sino más bien libertades suprapositivas sustraídas del ámbito de regulación estatal, es decir, "genuinos derechos fundamentales"[70]. Así, en el contexto del iusnaturalismo racionalista la concepción individualista del derecho subjetivo llegará a su máxima expresión[71].

Dicha concepción individualista supuso comprender, en un comienzo, que los derechos innatos de la persona desplazaban en importancia a la norma jurídica. En consecuencia, el derecho del hombre será la fuente del ordenamiento jurídico y éste, a su vez, será entendido como un sistema de derechos subjetivos, que excederá al derecho positivo.

Como resultado, esta noción permitió reconocer la plena autonomía de los particulares y establecer una esfera inviolable del individuo, que acabó consagrada de esa forma en el ámbito del derecho privado[72].

A pesar de coincidir en esta visión inicial sobre el rol de los derechos subjetivos, las tradiciones jurídicas norteamericana y europeo-continental, con el correr del tiempo, evolucionarán por derroteros muy diferentes[73]. Así, en Estados Unidos, la concepción

---

[67] SPECTOR. Ob. Cit., p. 11.
[68] SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 67.
[69] DIEZ-PICAZO. Ob. Cit., p. 26.
[70] Ibídem.
[71] AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. "Evolución y negación del derecho subjetivo". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. *5*, 2011, p.14.
[72] MAESTRO BUELGA, Gonzalo. "Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX". *Revista de Derecho Político,* vol. 41, 1996, p. 126.
[73] Diferencia que incluye hasta la terminología, pues mientras la tradición continental debió diferenciar la voz "derecho" entre sus acepciones "objetivo" y "subjetivo", en la tradición anglo-americana se emplean

individualista del derecho prevalecerá a través de las primeras diez enmiendas de la Constitución y de las interpretaciones que sostendrá la Corte Suprema sobre la supremacía de aquélla y de los derechos allí proclamados[74]. Por su parte, en Europa continental, bajo el fuerte influjo francés, la idea pactista rousseauneana de la cesión de los derechos naturales en favor de la comunidad política, pasará a justificar, a la postre, un sistema fuertemente estatista, en desmedro del individualismo iusnaturalista que justificó la revolución [75]. En este renovado modelo, la ley, como expresión de la voluntad general, será la fuente primaria del ordenamiento jurídico.

Por lo anterior y a pesar de que, en su raíz, los derechos subjetivos se remontan a la noción de los "derechos innatos", propia del iusnaturalismo revolucionario que buscó extinguir el absolutismo, los espacios de libertad asegurados por éstos debieron ser trasladados desde las declaraciones constitucionales, cuyo valor era meramente programático, al ámbito jurídico-legal. La ley, entendida en su acepción más estricta, era la encargada de graduar y matizar la intensidad de la eficacia de los derechos declarados, lo que, sumado al contexto de la época postrevolucionaria, redundó en el auge de los derechos de libertad en aquellos ámbitos que expresaran "la idea de autonomía del sujeto en el mercado, del sujeto en cuanto individuo del intercambio"[76].

1.2.1.2. De los derechos subjetivos privados a los derechos subjetivos públicos

Como resultado de lo anterior, el concepto de "derecho subjetivo" se tornará, en la tradición continental europea, uno más propio del Derecho privado. Así, surgirán las tesis que justificarán los derechos subjetivos en un "poder o señorío de la voluntad"[77], formuladas por los autores de la Escuela Histórica, entre los que se cuentan FRIEDERICH CARL VON SAVIGNY y BERNARD WINDSCHEID[78]. Estos teóricos pretenderán borrar el carácter político de tales derechos y dotarlos de base científica, apoyándose en KANT y

dos palabras diferentes para designar tales categorías (law/right). CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2017, p. 21.

[74] MAESTRO BUELGA. Ob. Cit., pp. 133-134.

[75] Ibídem, pp. 126-127.

[76] Ibídem, p. 132.

[77] WINDSCHEID, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Tomo l, Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987, p. 135.

[78] A Windscheid se atribuye el haber acuñado el concepto de "derecho subjetivo". Anteriormente, Savigny se había referido al sentido "objetivo" y "subjetivo" del derecho. CRUZ PARCERO. Ob. Cit., pp. 21-22.

HEGEL[79]. Como resultado de sus aportaciones, junto con exaltar el individualismo, lograrán asentar que la fijación de límites a la voluntad de los individuos, a través de mandatos y prohibiciones, es la verdadera misión del Derecho privado[80].

Por otro lado, autores como RUDOLF VON IHERING disentirán con esta caracterización, afirmando que lo esencial en un derecho subjetivo no es la volición del sujeto, sino el fin perseguido con su ejercicio[81], traducido en una ventaja o provecho para su titular y que constituye su elemento central. Adicionalmente, la protección o posibilidad de demandar o exigir dicho derecho sería también uno de sus elementos constitutivos, pero uno de orden meramente formal y no su médula[82]. Por ello, en la tesis de IHERING, un derecho subjetivo podrá conceptualizarse mejor, si se afirma que se trata de un "interés jurídicamente protegido"[83].

Comoquiera que dicha evolución haya tenido lugar en el ámbito del Derecho privado, el concepto de derecho subjetivo volverá a vincularse con la esfera pública, a raíz de la tesis de GEORG JELLINEK[84], la que, sin lugar a dudas, ha resultado la más tradicional e influyente. Hasta antes de su propuesta, se creía que el derecho público no podía ser fuente de derechos subjetivos ni de relaciones jurídicas[85], sino que el principio de legalidad únicamente se erigía en un límite externo a la intromisión injustificada del Estado en la sociedad civil[86]. No obstante, a partir de los trabajos del referido autor, se concibe la existencia de derechos públicos subjetivos como elemento para explicar las distintas posibilidades de actuación que asisten a los sujetos en las relaciones jurídicas de

[79] AGUDO GONZÁLEZ. Ob. Cit., p. 16.
[80] Ibídem, p. 17.
[81] VON IHERING, Rudolf. *El fin en el derecho*. Madrid: B. Rodríguez Serra, 1910, pp. 12-17.
[82] La diferencia esencial entre von Ihering y August Thon es que, si bien este último comparte la idea de que el fin práctico del derecho subjetivo es efectivamente una ventaja o provecho, aquél sería sólo un elemento externo. Para Thon, autor de la llamada "tesis de la protección", el derecho subjetivo no es otra cosa que "la expectativa de pretender cierta tutela jurídica para realizar eso que el ordenamiento jurídico mandaba o remover eso que el mismo prohibía." Ver más en: BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho privado*. Tomo l. Buenos Aires: Editorial Jur. Europa América, 1967, p. 167.
[83] VON IHERING, Rudolf. *La lucha por el derecho*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 79.
[84] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2018, pp. 47-49. Disponible en: https://lectura-unebook-es.ponton.uva.es/viewer/9788447221073/1
[85] Carl Friedrich von Gerber y Paul Laband, precursores de la obra de Jellinek, afirmarían la soberanía estatal y la existencia de un derecho objetivo, pero no reconocerían la existencia de "derechos subjetivos" y para ambos, cualquier "derecho" individual no sería sino un "reflejo" del derecho objetivo y de límites autoimpuestos por el propio Estado. Ver más en: CALDWELL, Peter. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham y Londres: Duke University Press, 1997, pp. 30-33.
[86] AGUDO GONZÁLEZ. Ob. Cit., p. 21.

derecho público y que sirven para "poner en movimiento normas jurídicas en beneficio o interés individual"[87].

En la visión de JELLINEK, el reconocimiento que el Estado realiza de la personalidad de los individuos, calificándolos como sujetos de derecho, lo obliga a autolimitarse[88]. Consecuente con ello, dicho autor plantea que el individuo puede hallarse en cuatro distintos "*status*" o posiciones jurídicas frente al Estado: 1) un "*status subiectionis*" o pasivo, que se traduce en la sumisión frente al poder público y justifica las prestaciones que deben hacerse a éste; 2) un "*status libertatis o negativo*", que implica una esfera de libertad y autodeterminación frente al Estado; 3) un "*status civitatis*" o positivo, que reconoce al individuo la capacidad de pretender que el poder actúe en su favor, en resguardo de sus derechos civiles; y 4) un "*status activae civitatis*" o activo que permite al ciudadano ejercer sus derechos políticos y participar en la formación de la voluntad del Estado, en tanto miembro de la comunidad política[89].

Del modo anterior, la formulación presentada, a pesar de su vocación iuspublicista, se originó en una mixtura de las distintas tesis iusprivatistas, basadas en la voluntad y el interés como base de los derechos subjetivos. A partir de tales categorías, se hizo posible explicar las interacciones entre los distintos sujetos de derecho público, mediante un plexo de posiciones jurídicas.

Indudablemente, su mayor mérito consistió en superar la monolítica comprensión del vínculo individuo-Estado como exclusivamente basado en la sujeción y transitar hacia la articulación de un sistema más equitativo de relaciones jurídicas entre la burocracia y los gobernados[90].

Las virtudes de la tesis de JELLINEK son incontables. En términos generales, como propone la profesora LAGI, puede afirmarse que dicha teoría, a la larga, permitió una

---

[87] JELLINEK, Georg. *Sistema de los derechos públicos subjetivos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2024, p. 136.

[88] Dice Jellinek textualmente que: "Al reconocer la personalidad del individuo, el Estado se limita a sí mismo." Ibídem, p. 179. Esta autolimitación, sin embargo, es uno de los flancos débiles en la tesis de Jellinek, según Nogueira, pues, tal como el Estado, en un momento dado opta por ella, en otro momento puede intentar sacudirse de dichos constreñimientos y desconocer libremente los derechos subjetivos de los gobernados. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Autónoma de México, 2003, p. 55.

[89] JELLINEK. Ob. Cit., pp. 175-188. PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., p. 20; AGUDO GONZÁLEZ. Ob. Cit., p. 23.

[90] Como señala Agudo González: "La eficacia de los derechos públicos subjetivos se encontró, desde la obra de Jellinek, ligada al Estado de Derecho, en la medida en que en el contenido material de esta concepción del Estado se encuentra en la consideración del valor político de los súbditos como portadores de derechos cuya pervivencia exige una organización del Estado determinada que les proteja." Ibídem, p. 24.

defensa de los ciudadanos frente a cualquier forma de despotismo gubernamental[91]. Además, algunos de los conceptos elementales formulados por el citado autor, han tenido gran resonancia en la ciencia jurídica, tal como puede leerse en el fallo Lüth, que acaba calificando a los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

Sin embargo, la transposición, sin más, de la obra de JELLINEK a la teoría de los derechos fundamentales, afirmando que éstos equivalen a derechos públicos subjetivos, ha levantado una serie de fundadas críticas. Entre éstas se cuenta, como primera objeción, el que la tesis de JELLINEK no concibe únicamente al ser humano como titular de derechos subjetivos, sino también el Estado, entidad a la que le asisten diversas posibilidades de actuación en cumplimiento de sus cometidos, posiciones jurídicas que nadie se atrevería considerar "derechos fundamentales"[92]. En segundo término, se ha dicho que no todos los derechos públicos subjetivos son derechos fundamentales, ni todos los derechos fundamentales operan como derechos públicos subjetivos, por lo que una relación analógica entre ambos conceptos resultaría impropia[93]. En tercer lugar, los derechos subjetivos, nacidos como una categoría iusprivatista, suponen la posibilidad de perderlos por transferencia o prescripción, lo que no se condice con la teleología de los derechos fundamentales como personalísimos e imprescriptibles[94]. Por último, se ha dicho que la noción de derechos públicos subjetivos estaría desfasada de la realidad y respondería

[91] Al buscar una justificación positivista para los derechos públicos subjetivos, fundándolos en la autolimitación estatal, Jellinek -en palabras de la profesora Sara Lagi- "propuso una solución jurídica a un problema eminentemente político", propuesta que iba aparejada a su convicción de que "garantizar y preservar los derechos fundamentales implicaba proteger a las minorías e individuos de los abusos del Gobierno despótico." LAGI, Sara. "Georg Jellinek: un pensador político liberal contra el gobierno despótico (1885-1898)". *Precedente. Revista Jurídica*, vol. 19, 2021, p. 197.

[92] En tal sentido, señala Aldunate que: "para Jellinek no existe un vínculo necesario entre la noción de derecho público subjetivo e individuo, rasgo que parece ser definitorio para quienes han adoptado el término para aplicárselo a los derechos fundamentales. Todo órgano del Estado, toda corporación, sea de derecho privado, sea de derecho público, puede gozar, según Jellinek, de estos derechos públicos subjetivos." ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Derechos Fundamentales*. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2008, p. 44. Además, ciertas actividades, como la recaudación de tributos o la potestad para cursar multas por infracciones administrativas, entre otras, calificarían, a estos efectos, como derechos público subjetivos del Estado, en tanto sujeto de la rama pública del ordenamiento.

[93] A este respecto, Diez-Picazo explica: "hay derechos públicos subjetivos que, no encarnan valores básicos de la democracia constitucional, ni pueden calificarse de desarrollo de norma constitucional alguna. Son creados, modificados y suprimidos libremente por el legislador. Este grupo está formado por la inmensa mayoría de los derechos otorgados a los particulares por las leyes administrativas. Lo segundo —o sea, que los derechos fundamentales no siempre operan como derechos públicos subjetivos— se debe simplemente a que, como se verá más adelante, algunos derechos fundamentales pueden ser invocados también en las relaciones entre particulares." DÍEZ PICAZO. Ob. Cit., p. 33.

[94] Al efecto, Nogueira expresa: "desde una estricta perspectiva jurídica, los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, mientras que los derechos humanos o esenciales son inalienables e imprescriptibles." NOGUEIRA ALCALÁ. Ob. Cit., p. 56.

exclusivamente al modelo de Estado liberal, al concebirlos únicamente como medios de defensa frente al Estado[95].

Todas las anteriores críticas, se encuentran más bien relacionadas con los rendimientos explicativos de la teoría de los derechos subjetivos públicos de JELLINEK, en el contexto jurídico actual. No debe perderse de vista, sin embargo, que el constitucionalismo ha experimentado una serie de significativos progresos desde la época de tales formulaciones. En tal entendido, la valía de tal teoría resulta irrebatible, lo cual se ve ratificado por la perenne vigencia de muchos de los postulados que la constituyen. Las críticas antes presentadas, no obstante, son vitales para evitar la confusión conceptual entre las nociones de derechos fundamentales y derechos subjetivos públicos, las que, según lo expuesto, no gozan de sinonimia.

1.2.1.3. De la negación de los derechos subjetivos a su concepción como un sistema de posiciones jurídicas

Con posterioridad y como una reacción a las teorías de los derechos subjetivos, en los ámbitos privado y público, surgirán tesis que negarán su existencia[96]. De todas ellas, por sus repercusiones en la dogmática iuspublicista europea y latinoamericana[97], resulta ineludible atender a la propuesta de HANS KELSEN.

La visión de KELSEN no admite, en principio, el dualismo entre derecho subjetivo y derecho objetivo[98]. Hablar de derechos subjetivos, con prescindencia del derecho

[95] En tal sentido, Peña Freire expuso: "la superación del modelo liberal y legislativo de Estado es también la superación de la figura del derecho público subjetivo que ha determinado el progresivo abandono de esta teoría para explicar el sentido y funciones de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho." PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 135. En la misma línea, PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., pp. 18-24.

[96] No pueden dejarse de mencionar, en tal sentido, las tesis de León Duguit y de Michel Villey. El primero, a pesar haber negado rotundamente, en un primer momento, la existencia de los derechos subjetivos, basado en sus convicciones positivistas sociológicas, posteriormente y sin abandonar sus críticas, acabó tolerando la utilización de tal denominación. Ver, al efecto: DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas*. Granada: Comares, 2005. Por otro lado, la crítica de Villey, construida a partir de una interesante aproximación revisionista de la historiografía jurídica, tiene un innegable valor iusfilosófico que, por su menor conexión con este capítulo, no se abordará. Dicha tesis puede, no obstante, consultarse en: VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. Por último y para una revisión sintética de estas teorías, se recomienda revisar el siguiente trabajo: PRIETO MOLINERO, Ramiro. *El abuso del derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 41-66.

[97] CRUZ PARCERO, Ob. Cit. p. 26.

[98] Kelsen considera que la admisión del primero implica limitar la primacía del segundo. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 2009, pp. 145-146.

objetivo, implicaría admitir, en su opinión, que un individuo pudiera arrogarse a sí mismo, por su propia voluntad y mediante la mera imposición, prerrogativas sobre otros sujetos[99].

A juicio del jurista austríaco, el derecho subjetivo no es sino una manifestación de la norma objetiva en relación al sujeto que pretende la aplicación de una sanción, en respuesta al quebrantamiento de una prohibición expresada en aquélla[100]. En consecuencia, tales "derechos" no son más que la individualización de las normas generales o, dicho en palabras del propio KELSEN, "derecho subjetivo es la norma jurídica en cuanto que ésta posee un contenido concreto individual"[101].

De esa manera, detrás de cada norma, es posible colegir la existencia de dos deberes jurídicos: uno que pesa sobre el individuo obligado y otro que le asiste al órgano que debe imponer la sanción. En el primer caso, se generaría una apariencia de derecho en favor de un individuo, el que, en realidad sería simplemente un "reflejo" del deber que la norma impone sobre la conducta de un tercero. No obstante, en torno al segundo deber, KELSEN considera que éste sí puede originar un derecho "en sentido técnico" o estricto, traducido en la posibilidad de recurrir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones previstas por la norma o para imponer la sanción prevista en caso de incumplimiento[102].

Así presentada, la postura kelseniana sobre los derechos subjetivos aparece como tributaria de las visiones de GERBER y LABAND, al calificar como un mero "reflejo" de la norma objetiva, lo que otros consideran el contenido de un derecho subjetivo y, también, de la tesis de IHERING, en la medida que reconoce un elemento material y uno formal en el derecho subjetivo, invirtiendo la preeminencia asignada por aquél y poniendo énfasis en el último elemento como el verdaderamente esencial y definitorio. De esa suerte, la tesis de KELSEN presenta un notorio reduccionismo en relación a sus predecesoras y acaba identificando, en síntesis, al derecho subjetivo con la acción, sin consideración a su sustancia o contenido[103].

No obstante, esta correlación propuesta por KELSEN entre deberes impuestos por el derecho objetivo y necesidad de tutela, será vital en la posterior concepción de los

[99] Ibídem, pp. 140-141.
[100] AGUDO GONZÁLEZ. Ob. Cit., pp. 29-30.
[101] Citado en CASTÁN TOBEÑAS, José. *Situaciones jurídicas subjetivas*. Madrid: Reus, 1963, p. 36.
[102] AGUDO GONZÁLEZ. Ob. Cit., p. 30.
[103] Kelsen define los distintos usos que se puede dar al vocablo "derecho", empleando una metodología similar a la empleada por Jellinek sobre los diferentes "status", determinando que sólo su utilización en lo relativo a la exigibilidad de una sanción o del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la norma puede considerarse "derecho" en estricto sentido. Ver más: Ibídem, NP 34 pp. 30-31.

derechos fundamentales. La influencia de esta idea puede leerse, también, en la sentencia Lüth, la que, luego de afirmar que los derechos fundamentales son mecanismos de defensa de la libertad frente a las injerencias de los poderes públicos, acaba razonando: "Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos -el recurso de amparo- exclusivamente en contra de actos del poder público."[104] Es decir, a raíz de la obra de KELSEN, y en el entendido de que las normas sobre derechos fundamentales son derecho objetivo plasmado en la Constitución, existirá un deber para el juez y correlativamente, un "derecho en sentido técnico" para el beneficiario de las obligaciones prescritas en ella, a impetrar tutela en caso de quebrantamiento.

Mientras en Europa se construía parte de la obra kelseniana, Estados Unidos verá aparecer discretamente la tesis del jurista WESLEY NEWCOMB HOHFELD, quien había postulado una comprensión verdaderamente revolucionaria de los derechos subjetivos. Su teoría, repartida en un puñado de manuscritos, comenzará a ser analizada y sistematizada sólo algunos años después de su fallecimiento, acaecido en 1918.

HOHFELD postulará que las normas objetivas, al ser puestas en movimiento, generan relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto a un objeto[105] o un estado de cosas[106], relaciones que no envuelven únicamente "derechos" y "deberes", como había postulado la mayoría de la doctrina hasta entonces. A su juicio, tales nociones resultan ambiguas e insuficientes para explicar la totalidad de vínculos jurídicos existentes[107], por lo que, en su lugar, propone representar las diversas relaciones en un esquema de "opuestos" y "correlativos", del siguiente tipo[108]:

Opuestos jurídicos	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad
	no-derecho	deber	incompetencia	sujeción

[104] TCFA. BVerfGE 7, 198.
[105] ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz. "El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo". *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 65, 2014, p. 29.
[106] CRUZ PARCERO. Ob. Cit., p. 29.
[107] HOHFELD, Wesley. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara, 1992, pp. 45-47.
[108] Cuadro explicativo elaborado por el propio autor y extraído de su texto. Ibídem, p. 47.

Correlativos jurídicos	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad
	deber	no-derecho	sujeción	incompetencia

Así, en lugar de derechos y deberes, la relación jurídica en el esquema hohfeldiano está compuesto por cuatro posiciones jurídicas activas y cuatro pasivas[109], unas de primer orden y otras, de segundo[110]. Más allá de lo que cada una de ellas representa, el aporte del enfoque descrito[111] ha sido la construcción de una noción amplia de derecho subjetivo, entendido como un haz o conjunto de posiciones jurídicas diferenciadas y concretas, que varía dependiendo de la relación jurídica de que se trate[112]. Ello permitió explicar, a futuro, la diferencia en las posiciones jurídicas que se entretejen a raíz de derechos tan disímiles como la libertad ambulatoria, la educación o la propiedad privada.

Por último, una de las aproximaciones conceptuales más recientes e influyentes sobre los derechos subjetivos, es la formulada por ROBERT ALEXY, la cual es, sin lugar a dudas, heredera directa de las teorías antes presentadas[113]. En efecto, siguiendo a KELSEN, ALEXY reconoce la enorme dificultad de lograr consenso en torno a la conceptualización de los derechos subjetivos[114], lo que, en su obra, no será tan prioritario como hacerse cargo del problema que dicha categoría pretende resolver[115].

[109] Al primer tipo corresponden las posiciones de derecho, privilegio, potestad, inmunidad; al segundo tipo, las restantes. El completo examen de las interacciones de dichas posiciones jurídicas con sus respectivos correlativos y opuestos excede, con largueza, el objeto de este trabajo, sin perjuicio de lo cual, se recomienda su revisión en la obra del mismo autor. Ibídem, pp. 45-87.

[110] A juicio de autores como Kramer y Rainbolt, los derechos, deberes, libertades (privilegios) y no-derechos son relaciones de primer orden porque se tienen sobre objetos, como el privilegio de un individuo de no mover su cuerpo o su derecho a que otros no lo toquen y no necesariamente se relacionan con cambios en otras relaciones hohfeldianas. Por otro lado, las potestades, sujeciones, inmunidades e incompetencias son relaciones de segundo orden, porque necesariamente se refieren a la capacidad o incapacidad de realizar cambios en otras relaciones hohfeldianas de primer orden. Ver más en: ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz. "Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión". *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law*, vol. 35, 2018, p. 44. Disponible en: https://doi.org/10.4000/revus.4095

[111] Este enfoque fue originalmente diseñado para analizar la jurisprudencia norteamericana, la que, según su autor, era pletórica de confusiones entre los elementos propiamente jurídicos de los derechos subjetivos y aquellos psicológicos o volitivos, que el autor, al igual que Kelsen, consideraba extrajurídicos. Ver más en: HOHFELD. Ob. Cit., p. 31 y ARRIAGADA CÁCERES. Ob. Cit., 2014, pp. 41-42.

[112] CRUZ PARCERO. Ob. Cit., pp. 31-32.

[113] El mismo Alexy reconoce que la suya es una teoría que parte desde la propuesta formulada por Jellinek, reemplazando la noción de "status" por "posiciones", para superar algunas deficiencias explicativas de aquélla. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 261-262.

[114] ALEXY. Ob. Cit., p. 173.

[115] SIERRA SOROCKINAS, David y GÓMEZ CABANA, María Claudia. "Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales en el constitucionalismo colombiano". *Estudios de Derecho,* vol, 68, N° 52, 2011, p. 144.

Para ALEXY, la base de tal teoría, ha de ser la estrecha conexión que existe entre norma y derecho fundamental[116], al punto de afirmar que: "Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho"[117]. En su tesis, todas las normas -sin que las de derechos fundamentales sean la excepción- expresan enunciados normativos, algunos de los cuales permiten a un individuo situarse figurativamente dentro del ámbito de aquéllas, pudiendo predicarse, en tal caso, que éste tiene una posición jurídica determinada[118] y que puede, en consecuencia, exigir del sujeto obligado, aquel derecho que la norma le franquea. Respecto de este último punto, recordando a IHERING -y tal como hiciera KELSEN- ALEXY pone de relieve la importancia de la posición conferida por la norma que autoriza al titular del derecho, en caso de incumplimiento, para demandar[119].

De esa suerte, la conclusión de ALEXY es que resulta apropiado entender a los derechos subjetivos como un haz o conjunto de posiciones y relaciones jurídicas[120]. Esta formulación, desde luego, recuerda a la propuesta de HOHFELD, en el sentido de superar el binomio derecho-deber, concibiendo un plexo de distintas posiciones y relaciones jurídicas que permitan explicar, en concreto, las interacciones entre sujetos y objetos con características particulares, en este caso, los derechos fundamentales[121]. Con ello, es posible afirmar que la lectura que ALEXY realiza de HOHFELD, le lleva a plantear que los derechos subjetivos conforman un "sistema de posiciones jurídicas fundamentales"[122], las que, esencialmente, pueden clasificarse en tres grupos: a) derechos a algo; b) libertades; y c) competencias[123]. Según este esquema simplificado, es posible explicar, mediante alguna de estas categorías, todas las interacciones entre los titulares de derechos fundamentales, los objetos protegidos por tales derechos y los sujetos obligados por la norma que los reconoce.

---

[116] A pesar de esa afirmación -critica Peces Barba- Alexy se enfoca en el estudio de la norma de derechos fundamentales, dejando de lado el análisis relativo al sistema o subsistema que éstos forman. Ver más en PECES-BARBA. Ob. Cit., 2014, p. 356.
[117] ALEXY. Ob. Cit., p. 47.
[118] SIERRA SOROCKINAS y GÓMEZ CABANA. Ob. Cit., p. 144.
[119] ALEXY. Ob. Cit., p. 180.
[120] Ibídem, p. 178.
[121] Sobre ello, se ha dicho que, en la base de la aproximación de Alexy a los derechos subjetivos, se encuentra el esquema de Hohfeld, pero "interpretado en términos estrictamente lógico-deónticos, y adaptado en varios aspectos, para dar cuenta, en particular, de los derechos fundamentales." Ver más en: LOZADA PARDO, Alí. "Hohfeld en la teoría de Alexy y más allá". *Revista Iberoamericana de argumentación*, vo1.3, 2016, p. 7.
[122] Así le denomina el mismo Alexy. ALEXY. Ob. Cit., p. 186.
[123] Cada una de esas categorías engloba otras posiciones jurídicas fundamentales, cuyo análisis no será posible, por exceder el objeto de este trabajo. Sin embargo, se recomienda revisarlo: Ibídem, pp. 186-240.

1.2.1.4. Implicancias del reconocimiento de una dimensión subjetiva de los derechos fundamentales

La aproximación antes descrita, constituye la más sofisticada versión de la teoría de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Esto, pues la recepción de la propuesta de HOHFELD en la obra de ALEXY y el marcado ascendiente que ha tenido esta última sobre la dogmática jurídica y jurisprudencia alemana, europeo continental y latinoamericana, ha determinado el tránsito desde la clásica noción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuyo único destinatario era el Estado, a una renovada comprensión de éstos como fuentes de diversas posiciones jurídicas, la que, junto con reforzarlos, los ha complejizado. Los alcances de tal evolución sobrepasan lo meramente lingüístico y han implicado, entre otras cosas, una verdadera resignificación de los derechos fundamentales, cuya eficacia ya no sólo se deja sentir en las relaciones entre gobernados y el Estado, sino también entre y frente a particulares, fenómeno posible de observar, con creciente claridad, en el constitucionalismo europeo[124] y latinoamericano[125] de las últimas décadas, con los matices y precisiones que se abordarán más adelante.

Así, como corolario y sintetizando la evolución presentada en las páginas precedentes, puede afirmarse que ésta halla su punto de partida en la doctrina de los "derechos naturales" o "innatos", los cuales, con el correr del tiempo y tras su positivización, acabarían fundamentando la noción de unos "derechos subjetivos". Como especie dentro de tal género, aquellos que se proclamaban contra el Estado y, especialmente, contra la Administración, en una época en que ésta se consideraba inmune

[124] Sobre la relación entre el abandono de la noción más restringida de derechos públicos subjetivos y la incorporación de posiciones jurídicas de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Díez-Picazo indica lo siguiente: "Lo segundo —o sea, que los derechos fundamentales no siempre operan como derechos públicos subjetivos— se debe simplemente a que, como se verá más adelante, algunos derechos fundamentales pueden ser invocados también en las relaciones entre particulares." Ver más en: DIEZ-PICAZO. Ob. Cit., p. 33.

[125] A su turno, Nogueira, sobre la estrechez conceptual de la noción de derecho público subjetivo, en relación a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, expresa: "Los derechos públicos subjetivos reducen su campo de acción únicamente a las relaciones entre el individuo y el Estado, impiden la explicación de la validez de los derechos entre particulares, ya que el Estado siempre es parte (…)

Tal concepción de los derechos públicos subjetivos presenta, como ya dijimos, la limitación de que los derechos no podrían ser exigibles entre particulares, no teniendo por tanto efectos vinculantes erga omnes, concepción superada en el contexto contemporáneo, y, en especial, por el derecho constitucional latinoamericano, que reconoce a los derechos fundamentales o esenciales efectos erga omnes". Ver más en: NOGUEIRA ALCALÁ. Ob. Cit., p. 56.

al control, pasaron a erigirse en "derechos subjetivos públicos" y a actuar como medios de defensa del individuo frente a tan omnímoda autoridad. Más tarde, tales derechos, en sus dinámicas interacciones, comenzarán a ser entendidos como un plexo de posiciones jurídicas, cuya fuente es la norma constitucional y cuya particularidad viene dada, tanto por la jerarquía de esta última, como por la importancia del objeto que amparan. Tal es la forma en que actualmente se concibe la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

1.2.2. Dimensión objetiva de los derechos fundamentales

La segunda dimensión o naturaleza atribuida a los derechos fundamentales es la objetiva. En virtud de ésta -siguiendo a HESSE- los derechos fundamentales constituyen "normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico"[126] cuya importancia es capital y no sólo teórica para los poderes del Estado, los cuales, además de abstenerse de injerencias en los ámbitos preservados por ellos, deben llevar a cabo todo aquello que contribuya a su realización, "incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos"[127]. En otras palabras, y siguiendo a SOLOZÁBAL, además de poseer una dimensión subjetiva, los derechos fundamentales constituyen elementos "esenciales del orden jurídico-político general"[128].

En virtud de esta dimensión, se ha dicho los derechos fundamentales constituyen un "orden objetivo de valores", según se lee en la ya citada sentencia Lüth, aserto que hunde sus raíces en la teoría de la integración, desarrollada por RUDOLF SMEND durante la República de Weimar[129] y que mantiene su vigencia en algunos postulados de ROBERT ALEXY[130].

---

[126] HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". En: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Wolfganf; et al. (autores). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 94.
[127] Ibídem.
[128] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. Ob. Cit., p. 88.
[129] Alemania no había logrado consolidar su institucionalidad imperial cuando se vio enfrentada a la derrota en la I Guerra Mundial. Intentando una reconfiguración en ese complejo escenario, la República de Weimar buscaba, entre otros objetivos, la añorada unidad alemana, finalidad a la que pretende servir la tesis de Smend, doctrina que procura alcanzar la integración espiritual (cultural, social y política) a través del derecho. Ver más en ALDUNATE LIZANA. Ob. Cit., pp. 133-134.
[130] Alexy, siguiendo la senda trazada por Smend, Dürig y el Tribunal Constitucional federal, entre otros, afirma que los derechos fundamentales constituyen un "orden objetivo de valores" (objektive Wertordnung). ALEXY, Robert. "Grundrechte als Subjektive Rechte und Als Objektive Normen". *Der Staat*, vol. 29, N° 1, 1990, pp. 49-51.

1.2.2.1. La Constitución como un sistema u orden de valores y los derechos fundamentales como su expresión

A la luz de la teoría de la integración[131], el Estado posee una dinámica caracterizada -en palabras del propio SMEND- por la continua renovación y permanente reviviscencia[132]. Su pervivencia requiere, por tanto, integrar los diferentes elementos que constituyen la realidad espiritual del pueblo[133].

En tal sentido, la Constitución es la plasmación legal o normativa de determinados aspectos del proceso de integración estatal[134] y los derechos fundamentales proclamados en ella, son elementos de integración material y constituyen una síntesis del "sistema de valores" y de la cultura que define al pueblo en cuestión, que le da dicho status y lo diferencia de otros[135]. Tales derechos, en algunos supuestos, obligan directamente al legislador y a la Administración, pero incluso en aquellos casos en que no tengan eficacia directa -señala SMEND- exigen una interpretación que no puede ser neutra, sino que debe fundarse en el sistema cultural del que proceden[136]. En tal sentido -continúa- los derechos fundamentales "representan la norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración"[137].

---

[131] Smend postula que la integración es la base de la vida estatal y puede darse de tres maneras: 1) una integración personal, referida a los dirigentes políticos y servidores públicos, quienes, en el cumplimiento de sus funciones objetivas, han de lograr cohesionar al grupo político que les sostiene, entre los que se cuenta, por ejemplo, el Gabinete en los modelos parlamentarios, el Rey, el Ejército o la burocracia administrativa y judicial; 2) una integración funcional o procesal, referido a las formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, a producir una síntesis social; que tienden, bien a que el contenido espiritual se haga comunitario, bien a reforzar la vivencia comunitaria de la vida social, dinamizando así tanto la vida de la comunidad como la del individuo. Ello incluye los procesos eleccionarios o aquellos relativos a la gestión del poder público, entre otros; 3) la integración material u objetiva: se refiere a un conjunto de valores que son vividos como comunes por la comunidad, que requieren su manifestación institucional y que se traducen en símbolos políticos tales como banderas, escudos, las fiestas nacionales y, también, en definiciones estructurales como la forma de Estado, el régimen de gobierno y los derechos fundamentales. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 70-106. La síntesis presentada, con mayor detalle, puede encontrarse en: BRAGE CAMAZANO, Jorge. "La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales a partir de la segunda posguerra". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 11, 2009, pp. 100-101.

[132] SMEND. Ob. Cit., p. 63. Sobre el particular, Smend, empleando la fórmula de Ernest Renan, dice que el Estado vive de un "plebiscito que se renueva todos los días".

[133] Ibídem, p. 62.

[134] Ibídem, p. 132.

[135] Ibídem, pp. 230-232. En efecto, afirma Smend, en uno de los pasajes referenciados, que: "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución."

[136] Ibídem, p. 231

[137] Ibídem.

Estas formulaciones teóricas se conectan, en su raigambre, con la escuela de la "filosofía de los valores", a la que pertenecían los pensadores MAX SCHELER y NICOLAI HARTMANN[138]. Los postulados de esa corriente, leídos en el ámbito jurídico en la clave de SMEND, cobrarían renovado vigor durante los primeros años de vigencia de la Ley Fundamental de Bonn, como una forma de tomar distancia del exacerbado positivismo que reinó durante la República de Weimar y que posibilitó, más tarde, el ascenso del totalitarismo[139].

La concepción de los derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores plasmado en la Ley Fundamental de Bonn, encontraría notorios exponentes en THEODOR MAUNZ y GÜNTER DÜRIG. Este último afirmaría que la Constitución es "un sistema de valores global, que al mismo tiempo resulta ser un sistema lógico-jurídico de derechos"[140]. Por otro lado, esta posición halló cabida en las sentencias del Tribunal de Karlsruhe, a través de jueces conocedores de la obra de SMEND y comprometidos con sus postulados, como RITTERSPACH[141] o WINTRICH[142]. La cristalización de una doctrina jurisprudencial acorde a estas teorizaciones, por parte del Tribunal Constitucional Federal, vendría dada, primero por el fallo "Elfes"[143] y, posteriormente, por la sentencia Lüth.

---

[138] SÁNCHEZ GIL, Rubén. "Valores constitucionales". En: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor; GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; et al. (coordinadores) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*. Tomo IV Volumen 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 640.

[139] Kelsen dedicó un detallado y acucioso análisis para refutar la tesis de Smend, en su obra "El Estado como integración: una controversia de principio" de 1930, obra traducida por Juan Antonio García Amado y publicada en 1997. Dicha obra se reeditó recientemente, junto con el estudio de Smend. Al efecto, ver: SMEND, Rudolf y KELSEN, Hans. "La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar: 'Constitución y Derecho constitucional' versus 'El Estado como integración. Una controversia de principio". Estudio introductorio de José María Beneyto, Juan Antonio García Amado y Gregorio Robles Morchón; traducción de José María Beneyto y Juan Antonio García Amado. Madrid: Tecnos, 2019, 315 pp.

[140] CRUZ, Luis M. "La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo". *Díkaion*, vol. 23, N° 18, 2009, p. 21; y SÁNCHEZ GIL. Ob. Cit., p. 639.

[141] Gran parte de ello se debió a la fuerte influencia que el pensamiento de Smend ejerció en Theodor Ritterspach, connotado juez que participó en el pronunciamiento de la sentencia en el caso Lüth. En opinión de dicho jurista, la labor del Tribunal Constitucional Federal consiste en erigirse en "guardián inatacable e intérprete de la Constitución, que concreta los principios fundamentales del Estado y del orden social". Citado en: STARCK, Christian. "Consenso fundamental nacional y Tribunales Constitucionales (una reflexión jurídica comparada)". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 8, 2004, pp. 546-547.

[142] Josef Marquard Wintrich fue el Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, que previamente se había desempeñado como juez del Tribunal Constitucional de Baviera. Era partidario del empleo de los valores en la hermenéutica constitucional y, en tal sentido, estaba profundamente familiarizado con la obra de Smend. Murió al poco tiempo de la expedición de la sentencia Lüth. BRAGE CAMAZANO. Ob. Cit., p.112.

[143] En dicha sentencia, expedida en enero de 1957, un año antes del fallo Lüth, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya recurría al concepto "orden de valores", al expresar: "La Ley Fundamental, en cambio, ha erigido un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese

En efecto, la sentencia Lüth hizo suyos íntegramente estos postulados, al afirmar: "Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (…) sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (…) La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura"[144].

Asumir que los derechos fundamentales reflejan de un orden de valores objetivo expresado constitucionalmente supone, siguiendo al profesor RUIZ-MIGUEL, tres consecuencias: la primera es que éstos constituyen un interés público jurídicamente protegido; la segunda, que tales derechos representan un elemento de integración material; y la tercera, que éstos encarnan la definición de una axiología estatal[145]. Tales consecuencias son tratadas en la obra del citado académico y, antes, en la de HÄBERLE[146], como tres dimensiones separadas de los derechos fundamentales, por lo que dichos autores proponen se transite desde una concepción bidimensional de éstos hacia una multidimensional[147]. No obstante, esta investigación seguirá el enfoque tradicional, pero considerando las categorías propuestas como parte de la dimensión objetiva y las empleará como base para un análisis detallado de la misma.

---

orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal (BVerfGE 2,1 [12 y ss.]; 5, 85 [204 y ss.]). Los más elevados principios de ese orden de valores se encuentran protegidos contra posibles modificaciones constitucionales (Arts. 1, 20,79, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Las violaciones a la Constitución (Verfassungsdurchbrechungen) se encuentran excluidas: la justicia constitucional vigila la sujeción del legislador a los criterios de la Constitución. Las leyes no son "constitucionales" por el hecho de haber sido expedidas en cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento. También deben estar materialmente en consonancia tanto con los elevados valores fundamentales del ordenamiento fundamental liberal democrático, como con el orden de valores constitucionales, pero también deben satisfacer los principios constitucionales elementales no escritos, así como las directrices fundamentales de la Ley Fundamental, especialmente el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado social." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Sentencia BVerfGE 6, 32; de 16 de enero de 1957. en SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*. México: Fundación Konrad Adenauer, pp. 58-59.

[144] TCFA, Sentencia BVerfGE 7, 198.

[145] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., pp. 151-165.

[146] HÄBERLE, Peter. "Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 2, 1999, pp. 16-17.

[147] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., pp. 147-149.

1.2.2.2. Primer aspecto de su dimensión objetiva: derechos fundamentales como intereses públicos jurídicamente protegidos

De acuerdo con este primer aspecto de su dimensión objetiva, los derechos fundamentales representan un interés público jurídicamente protegido, lo que puede entenderse en contraste con la idea de éstos como intereses privados amparados por el ordenamiento, cuya afectación y correlativa defensa atañe exclusivamente a sus titulares. Por el contrario, se trata de intereses públicos de la máxima relevancia, razón por la que -como afirma BILBAO UBILLOS- "los poderes públicos deben hacer todo lo posible para que tales derechos sean efectivamente respetados y desplieguen plenamente su vigencia, creando las condiciones que faciliten su ejercicio"[148].

Por otra parte, su máxima relevancia pública se expresa en los órdenes político y jurídico, para los cuales, los derechos fundamentales representan elementos definitorios de su estructura básica. Esto es lo que ERICH KAUFMANN denominó "vertiente institucional"[149] de los derechos fundamentales. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, en uno de sus más emblemáticos pronunciamientos, lo expresó del siguiente modo: "(…) los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (…)"[150]

En el ámbito jurídico, los derechos fundamentales son normas de derecho objetivo y en la medida que han sido reconocidos constitucionalmente, comparten las propiedades de la norma que los contiene[151], en especial, su rango y fuerza jurídica. En la misma línea,

---

[148] BILBAO UBILLOS, Juan María. "Los derechos fundamentales en la Constitución española". En: BIGLINO CAMPOS, Paloma; BILBAO UBILLOS, Juan María; REY MARTÍNEZ, Fernando; et. al. (coordinadores) *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 387.

[149] KAUFMANN, Erich. *Das Wesen de Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus: rechtsphilosophische Studie zum Rechtsstaats- und Vertragsbegriffe*. Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, pp. 128-159. (Traducción bajo responsabilidad del autor)

[150] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 53/1985, de 18 de mayo de 1985. Fundamento jurídico 4°. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433. (fecha de visita: 04 de noviembre, 2022)

[151] A este respecto, conviene recordar las características que Alexy atribuye a los derechos fundamentales, al indicar que éstos gozan de máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia del objeto. Tales rasgos están referidos, tal como señala el propio autor, a su "posición en el sistema jurídico", es decir, a su naturaleza objetiva. ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional

MAURICE HAURIOU sostuvo que los derechos fundamentales, además de derechos subjetivos, constituyen "instituciones jurídicas objetivas"[152].

Específicamente, dada su calidad de intereses públicos de la mayor relevancia jurídica, los derechos fundamentales imponen sobre el Estado deberes de protección y promoción[153].

El deber de protección se satisface mediante el establecimiento de una serie de órganos competentes, administrativos y jurisdiccionales, en el plano nacional y subnacional, para velar por su observancia, supervigilar el cumplimiento de los estándares definidos para su adecuada implementación y, también, para conocer de las acciones, recursos y demás reclamaciones disponibles en caso de violación. Esto incluye la instauración de procedimientos administrativos y jurisdiccionales apropiados para canalizar tales requerimientos. Entre las manifestaciones de este deber se cuentan, por ejemplo, la dictación de leyes de desarrollo, la creación de agencias especializadas, el establecimiento de un Defensor del Pueblo o la regulación de procesos de amparo (indistintamente de su naturaleza y de su *nomen iuris*)[154].

Por lo anterior, se ha dicho que el deber de protección se materializa a través de medios de naturaleza orgánico-procedimental[155]. Tales medios, si bien están pensados para que el titular pueda activarlos o impetrarlos cuando se considere afectado, no suponen dicha voluntad como condición de su existencia, pues el deber de crearlos, regularlos e incluso, en algunos casos, ponerlos en movimiento, existe sobre la organización estatal aun cuando no se deduzca pretensión subjetiva alguna[156]. Dicho de otra manera, la vinculación directa de los derechos fundamentales "no excluye que en una sociedad jurídicamente organizada la plena eficacia del contenido subjetivo de aquéllos pueda depender, por lo menos parcialmente, del desarrollo que hagan los poderes públicos de su contenido objetivo"[157].

---

democrático". En CARBONELL, Miguel (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009a, pp. 32-35.

[152] HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey, 1965, p. 612.

[153] DIEZ-PICAZO. Ob. Cit., p. 55.

[154] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., pp. 151-158 y 306-307

[155] Apartándose de Häberle en esta materia, Ruiz Miguel no cree que la vertiente procedimental se vincule al carácter prestacional de los derechos como afirma el primero. El autor español considera que, dada la entidad de tales medidas, ellas se condicen más con los deberes derivados de la faz o cara objetiva de los derechos fundamentales. Ibídem, pp. 151, 156 y 306.

[156] BILBAO UBILLOS. Ob. Cit., p. 387.

[157] BASTIDA FREIJEDO, Francisco; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 183.

Por otra parte, el deber de promoción, se ha definido como uno de "fomento"[158] de los derechos fundamentales, entendido como el mandato de optimizar su eficacia en todos los planos[159]. Tal deber se encuentra previsto normativamente en el artículo 9.2 de la Carta española[160], y en el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución chilena[161].

El deber de promoción de los derechos fundamentales no sólo obliga a la toma de decisiones legislativas o a la implementación de políticas públicas que busquen activamente ampliar su ámbito tuitivo, sino también a la eliminación de las barreras jurídicas, sociales, políticas o culturales que les impidan desplegar su plena eficacia.

1.2.2.3. Segundo aspecto de su dimensión objetiva: derechos fundamentales como elementos materiales de integración

Al afirmar que los derechos fundamentales constituyen elementos materiales de integración, se está postulando que éstos son elementos valóricos comunes entre el Estado y los ciudadanos, que permiten la integración de éstos en aquél[162], erigiéndose, al tiempo, en un catálogo de convicciones jurídicas compartidas por la comunidad[163].

Esta integración material tiene una naturaleza dual: cultural y política[164]. Se trata de la construcción de ciertos mínimos valóricos comunes que, a su vez, constituyen la base de la organización que dicha comunidad se da a sí misma. El derecho es, en ese contexto, la plasmación de un fenómeno preexistente y cuyos efectos se expresan dentro del Estado en dos niveles que, para estos efectos, designaremos como nacional y subnacional.

En cuanto a la integración nacional, la proclamación de ciertos derechos como fundamentales en la Constitución, implica reconocer máximo valor jurídico a

[158] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., pp. 152 y 306.
[159] BASTIDA, VILLAVERDE, REQUEJO et al. Ob. Cit., pp. 182-183.
[160] A modo ejemplar, el artículo 9.2 de la Constitución española prescribe: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".
[161] Por su parte, el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución chilena, estatuye: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".
[162] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 11, N° 32, 1991, p. 105.
[163] La formulación corresponde a Gerardo Eto Cruz, en el prólogo de la obra precitada: RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., p 20.
[164] Esta idea se inspira en lo expuesto por Ruiz Miguel, a raíz de la caracterización dual de la nación, en tanto unidad política y cultural. Ibídem, pp. 162-163.

determinados elementos culturales compartidos por la nación en cuestión, los cuales, al tiempo, la definen como tal y la diferencian de otras[165]. Esto equivale a la construcción de una unidad integrada, con una identidad cultural propia, que se traduce a su organización política y al lenguaje jurídico en que ésta se expresa. Del modo anterior es posible explicar por qué, a pesar de que los catálogos de derechos fundamentales suelen coincidir mayoritariamente entre una nación y otra, se presentan ciertas notorias particularidades sin correlato en otros sistemas como, por ejemplo, la importancia exacerbada que tiene en Estados Unidos el derecho a portar y poseer armas, la relevancia que se asigna en España al derecho al honor o la férrea protección constitucional de goza el derecho de propiedad privada en Chile. Tales definiciones se vinculan indudablemente a condicionamientos culturales, históricos o sociológicos muy propios de cada nación y que han forjado su identidad.

Por otro lado, la integración en el nivel subnacional, supone entender a los derechos fundamentales como elementos aglutinadores entre las diferentes nacionalidades e identidades regionales o locales que puedan confluir dentro de un mismo Estado[166]. Como señala SMEND, éstas no son sólo objeto de integración sino factores de ese proceso[167], el cual se sustenta en la legitimidad, la que sólo puede concurrir si existen ciertos valores materiales compartidos[168]. De esa manera, los derechos fundamentales se presentan, entre otros símbolos, como parte de la esencia que define a la comunidad nacional[169]. Indistintamente de la forma jurídica del Estado, los derechos fundamentales proclamados en la Constitución de cada nación, representan un orden unitario para todos sus ciudadanos, que goza, además, de primacía frente a las regulaciones locales.

---

[165] Ibídem, p. 162. La idea original hunde sus raíces en Smend, quien considera que los derechos fundamentales son elementos integradores de primer orden. Ver más en: SMEND. Ob. Cit., pp. 230-232.

[166] Smend y Ruiz Miguel plantean esta integración como propia de los Estados federales (o con algún grado importante de descentralización política) los que, en mayor medida, ven en la integración una justificación para que las entidades territoriales federadas inicialmente se sumaran al todo y/o para que permanezcan aún en él. Sin embargo, lo mismo puede predicarse en los Estados unitarios, los que, en muchos casos, suponen la coexistencia de diferentes identidades étnicas o culturales y en que la posición presentada tiene el mismo rendimiento explicativo. En el federalismo, no obstante, los derechos fundamentales, junto a otros elementos culturales integradores, producen otra consecuencia jurídico-política: son la raíz del principio constitucional (no escrito) de lealtad federal que propugnaba Smend, en la vieja República de Weimar. Sobre dicho principio y sus implicancias, ver más en: BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Constitución y contrato social". *Revista Jurídica de Castilla y León,* vol. *47,* 2019, pp. 17-18.

[167] SMEND. Ob. Cit., p 179.

[168] Ibídem, p. 180.

[169] GARCÍA ROCA, Javier. "Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú)". *Revista de Estudios Políticos,* vol. *59,* 1988, p. 272.

1.2.2.4. Tercer aspecto de su dimensión objetiva: derechos fundamentales como el orden axiológico de un Estado

Cuando se postula que los derechos fundamentales constituyen un orden axiológico proclamado por un Estado determinado se está afirmando que. tales derechos forman parte de la "materialidad universal" de una determinada comunidad, compartida por las personas que la conforman, quienes -según HÄBERLE- han fijado en la Constitución "sus propios parámetros de valor y determinado la posición y el rango de los bienes jurídicos. La universalidad material es la quintaesencia, la totalidad de los valores legitimados constitucionalmente"[170].

La asunción de este sistema de valores compartido produce diversas consecuencias sobre el ordenamiento jurídico, entre las que, por vincularse con el objeto de este estudio, cabe detenerse en las siguientes: dicha axiología proporciona una nueva fuente de legitimidad al derecho positivo; por otro lado, dicho orden objetivo se proyecta y es obligatorio respecto de todo el resto del ordenamiento jurídico y, por último, por su naturaleza, tales valores exhiben una dependencia de la actividad interpretativa, con un correlativo empoderamiento de los operadores a cargo de dicha tarea.

1.3.2.4.1. Axiología iusfundamental y legitimidad del ordenamiento

El sistema de valores que reflejan los derechos fundamentales constituye la fuente de legitimidad del ordenamiento positivo. Así, tales derechos proporcionan un componente de validación muy diferente a la antigua legitimidad dinástica sobre la que se sostenían las reglas jurídicas en tiempos de las monarquías absolutas[171]. En tal sentido, como señaló ELÍAS DÍAZ, el Estado de Derecho consiste en "convertir en legalidad (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática"[172].

Así, suele sostenerse que un Estado que se reivindique como "de Derecho", lo es esencialmente cuando asigna una posición de centralidad efectiva a los derechos

[170] HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 57.
[171] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., pp. 159-160.
[172] DÍAZ GARCÍA, Elías. "Respeto a la ley". En: CEREZO GALÁN, Pedro (coord.) *Democracia y virtudes cívicas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, p. 236.

fundamentales y a los valores y principios vinculados con ellos. Como consecuencia, el derecho producido en el seno de un Estado de Derecho "tiene su núcleo en los derechos fundamentales y en la concepción moral de la que éstos son expresión"[173]. Este criterio es, justamente, el que permite diferenciar a un verdadero Estado de Derecho de uno que lo es simplemente desde la perspectiva formal. En conclusión, el referido sistema de valores, a la vez que condiciona materialmente la validez del derecho, le proporciona un férreo soporte a su pretensión de obligatoriedad.

1.3.2.4.2. Axiología iusfundamental, irradiación y proyección en las relaciones entre particulares

Una segunda consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales como un sistema de valores expresado constitucionalmente, es su proyección sobre el resto del ordenamiento jurídico. Ello implica que los derechos fundamentales dejan de pertenecer exclusivamente al ámbito del Derecho Constitucional y del derecho público, para erigirse, también, en parámetros objetivos del derecho privado. Dicha idea aparece, con claridad, en el texto de la sentencia Lüth[174] y se conoce con el nombre de "efecto irradiación" o "radiante" (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales.

De ese modo, en todo Estado Constitucional, los derechos contenidos en la Carta Fundamental deben poder predicarse frente a todos los tribunales y en todos los negocios de que éstos conozcan, dado su efecto irradiante. Este último, se traduce -siguiendo a BOROWSKI- en el reconocimiento de que "los derechos fundamentales son normas fundantes valorativamente determinantes, que irradian en todo el ordenamiento jurídico e influyen en todas las relaciones"[175]. En otras palabras, todos los enunciados constitucionales y, en lo que nos interesa, los relativos a derechos fundamentales, se proyectan, en tanto derecho objetivo e inmediatamente aplicable por los jueces, sobre el resto del ordenamiento y respecto de toda situación jurídica.

---

[173] ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. "La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias". *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. 23, 2006, p.196.

[174] Respecto de este punto, la sentencia Lüth, entre otras afirmaciones, vierte la siguiente: "El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho." TCFA. BVerfGE 7, 198.

[175] BOROWSKI, Martin. "La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales". *Revista Derecho del Estado – Universidad de Externado,* vol. *45*, 2020, p. 12.

A pesar de su aparente simpleza explicativa, el efecto radiante, desde una mirada más acuciosa, exhibe complejas ramificaciones. De hecho, la adopción de esta doctrina supuso un quiebre con la tradición liberal clásica, para la cual los derechos fundamentales únicamente tienen cabida en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado[176] y, con ello, permitió que las normas iusfundamentales comenzaran a recibir aplicación, también, en el campo del derecho privado. Este hemisferio del derecho, tradicionalmente se consideró regido por la autonomía privada, principio rector respecto del cual el derecho público, muy excepcionalmente y sólo en supuestos tasados, aparecía jugando un rol limitativo[177]. El viraje tomado por la dogmática y jurisprudencia alemanas (y como receptoras de tal influjo, por las de Europa continental y Latinoamérica) marcó su separación de la tradición norteamericana, la que, al menos en principio, rechazó tal posibilidad[178].

Correlativamente, el efecto radiante ha engendrado la idea de que los derechos fundamentales deben considerarse vinculantes, también, para los particulares en sus relaciones de derecho privado (doctrina conocida como *"Drittwirkung der Grundrechte"* o "eficacia horizontal"), la cual ha sido sostenida recurriendo a razones de orden socio-histórico y finalista.

Desde una perspectiva socio-histórica, WALTER LEISNER ha señalado que los derechos fundamentales surgieron como una reacción no sólo frente al autoritarismo estatal sino a los privilegios, buscando cuestionar la posición de supremacía que ciertos individuos privados, durante eras como el feudalismo, ostentaban respecto del resto de la

[176] Para Víctor Ferreres, si bien la tradición jurídica norteamericana y continental europea coinciden en que el Estado es, al tiempo, potencial agresor y protector de los derechos fundamentales, la primera acentúa aquél rol y la segunda, éste. Ello se traduce en una mayor disposición de los ordenamientos europeo continentales a reconocer que los derechos fundamentales amparan a las personas no sólo frente al Estado. Ver más en: FERRERES COMELLA, Víctor. "La eficacia de los derechos constitucionales entre particulares". En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo IV. México: Universidad Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, 2008, pp. 529-532.

[177] DE VEGA GARCÍA, Pedro. "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)". En: GONZÁLEZ DELGADO, José Ángel (coord.) *Responsa iurisperitorum digesta*, volumen 5. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003, pp. 693-697.

[178] Ello puede apreciarse, por ejemplo, en el caso Adickes v. S. H. Kress & Co., decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1970, en que se rechazó la demanda promovida en contra de un restaurante por negarse a atender a una profesora caucásica, acompañada de un grupo de estudiantes afroamericanos, exclusión que obedeció únicamente a la raza de estos últimos. En tal fallo, el máximo tribunal norteamericano decidió que los derechos fundamentales sólo pueden ser violados por el Estado, no por los particulares, razón suficiente para desestimar las alegaciones de la docente, negándole la indemnización solicitada. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. 398 U.S. 144 (1970). *Adickes v. S. H. Kress & Co.*;1 de junio de 1970. Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/144/ (fecha de la visita: 14 abril, 2023).

población[179]. Sin embargo, esta idea ha sido rechazada, en la medida que, en la época feudal y en cualquier momento previo a las revoluciones liberales, resultaba difícil concebir la diferenciación entre los espacios público y privado, dado que, en ellas, la injerencia del Estado en la sociedad civil podía desplegarse en forma plena e ilimitada[180]. En el mismo sentido, GOMES CANOTILHO señala que, a pesar de que su discusión en la dogmática se remonta a la década de 1950, la idea de una eficacia horizontal, como rechazo a los privilegios de la nobleza y del clero, se encontraba ya presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789[181].

Por otra parte, desde una perspectiva finalista, autores como GIORGIO LOMBARDI, señalan que la existencia de "poderes privados", capaces de sensibilizar o poner en riesgo los derechos fundamentales con igual o mayor pujanza que el Estado, justificaría, hoy más que antes, el reconocimiento de su eficacia horizontal[182]. Asimismo, se ha indicado que es posible advertir, en la actualidad, que ciertos sujetos sociales (grandes multinacionales, empleadores, comerciantes, padres, etc.) tienen una situación preponderante en relación con otros (consumidores, trabajadores, hijos menores, etc.), situaciones que han acabado por "desmentir el mito de la libertad e igualdad naturales en el que se asienta el dogma de la autonomía privada, y convierte muchas de las relaciones jurídico-privadas en relaciones análogas a las del poder público"[183].

Más allá de las razones que la fundamenten, resulta innegable que la eficacia horizontal ha recibido, con mayor o menor amplitud, una favorable acogida doctrinal y jurisprudencial en el derecho público, tanto en Europa como en América Latina, fenómeno que, en función de sus implicancias en los sistemas de amparo y de la extensión cuya reflexión amerita, será abordada, también, en otros acápites de este trabajo.

---

[179] Walter Leisner, citado por Pedro De Vega, propone que los derechos fundamentales no sólo germinaron en las relaciones dialécticas Estado-individuo o poder-libertad, sino que buscaban cuestionar y derribar la idea misma de privilegio. Sin embargo, esta perspectiva es desacreditada por el autor que la refiere, por la imposibilidad de proyectar tales dialécticas en el contexto previo a las revoluciones liberales. Ver más en: DE VEGA GARCÍA, Pedro. "La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung Der Grundrechte". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho,* vol. 46, 1992, p. 363.

[180] Ibídem, pp. 363-364.

[181] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituiçao*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1281.

[182] LOMBARDI, Giorgio. *Potere privato e diritti fondamentali*. Turín: G. Giappichelli, 1970, p. 132.

[183] BASTIDA, VILLAVERDE, REQUEJO et al. Ob. Cit., p. 193.

1.3.2.4.3. Axiología iusfundamental, neoconstitucionalismo y ponderación

Como otra consecuencia de la asunción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, es su dependencia de la actividad interpretativa y el consecuente empoderamiento de los jueces. Este es el argumento principal para sostener la especial posición de los derechos fundamentales, incluso frente a las demás normas constitucionales, fenómeno que evidentemente no se basa en razones de jerarquía normativa (todas las normas son, por igual, de rango constitucional) sino en que éstos son la base del "sistema de valores objetivo y piramidal" [184] que infunde la Constitución.

Esta radical transformación ha alimentado el surgimiento de nuevas corrientes iuspublicistas, que suelen agruparse bajo la denominación genérica de "neoconstitucionalismo", la que engloba una serie de características de los textos constitucionales vigentes, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teórico-jurídicos contemporáneos, todos surgidos en el marco de los sistemas constitucionales actuales[185]. Uno de los rasgos esenciales del neoconstitucionalismo es el recurso a los valores constitucionales como base de toda la hermenéutica constitucional.

Los valores constitucionales, caracterizados por ALEXY como "criterios de valoración", sólo pueden ser entendidos, desde una perspectiva analítica, bajo la forma de principios que los hagan operativos[186]. Así, siguiendo a VON WRIGHT, los valores representan conceptos axiológicos y carecen de naturaleza deontológica, a diferencia de los principios[187], los que, en tanto mandatos de optimización, representan un deber ser, cuya eficacia debe ser llevada a su máximo grado de realización.

Los principios, complemento necesario y forma de materialización de los valores, presentan una estructura abierta y son de aplicación gradual. Por tales características, se

[184] BOMHOFF, Jacco. "Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing". *German Law Journal*, vol. 9, N° 2, 2008, p. 124. (Traducción del autor)
[185] En tal sentido, Miguel Carbonell califica al concepto neoconstitucionalismo como una suerte de "paraguas" que incorpora las tendencias actuales del constitucionalismo, al menos, esos tres ítems. Ver más en: CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su laberinto". En: CARBONELL, Miguel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2009, pp. 9-12.
[186] ALEXY. Ob. Cit., 1993, pp. 138-147.
[187] VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970, pp. 123-142.

trata de normas de "elevadísima abstracción"[188], cuyo sentido y aplicabilidad a distintas hipótesis, en muchas ocasiones, sólo puede determinarse casuísticamente[189].

Es suma, si ya los jueces pueden ver acrecentada su influencia mediante el recurso a los valores constitucionales en la labor hermenéutica, la fijación del sentido y alcance de los principios en los casos puntuales, puede ensanchar aún más la avenida de su discrecionalidad.

A esta dificultad debe añadirse que, al intentar maximizar la aplicación de algún principio en un caso determinado, ello puede oponerse a la satisfacción de otro principio, valor o interés jurídicamente protegido de igual entidad. Según un importante sector doctrinal, esta colisión puede resolverse mediante la operación intelectiva denominada "juicio de ponderación" o "balancing test", que exige someter el caso conflictivo a un triple examen de proporcionalidad, con el objeto de intentar sopesar los principios o intereses en juego. La finalidad de tal proceso intelectual es que el principio que se aplique en menor medida, no se vea sacrificado en forma desmedida en relación a aquél en cuyo beneficio cede[190].

El resultado de dicha operación será una regla jurídica, aplicable al caso concreto[191] y que no resulta asimilable a otros casos, lo que permite sostener que los principios presentan aquello que GUASTINI denomina como una "jerarquía móvil".[192]

A pesar de que un tratamiento con mayor profundidad del juicio de ponderación excedería largamente los contornos de la presente investigación y del asunto tratado en este acápite, de todos modos, se cree conveniente poner de relieve que este método no constituye una fórmula infalible o exacta para la resolución de conflictos entre normas de estructura principial[193]. Su principal mérito ha consistido, en cambio, en proveer de un esquema argumentativo que permita reproducir el *iter* mental del juzgador al momento

---

[188] ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 11, 2009b, p. 4.

[189] La dificultad que esto encierra ha sido desarrollada por varios autores, entre los que destaca: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 93-101.

[190] Existe abundante literatura que desarrolla este tópico. Sin embargo, especialmente trascendentes son los estudios de Robert Alexy y Manuel Atienza. Para un panorama general sobre la operatoria de este método, se recomiendan: ALEXY. Ob. Cit., 1993, pp. 89-98; ALEXY. Ob. Cit., 2009b, pp. 8-13; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017, pp. 147-165.

[191] Ibídem, p. 155.

[192] En la concepción de Guastini, las soluciones a conflictos entre normas con estructura de principio no son estables, sino que éstas son válidas únicamente para cada caso concreto. En tal sentido, ver: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría Del Derecho*. Barcelona: GEDISA, 1999, p. 171.

[193] MORESO, Josep Joan. "Alexy y la aritmética de la ponderación". En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (coord.) *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 223-248.

de asignar pesos relativos a cada uno de los principios que colisionan, en el caso concreto[194]. Sin embargo, para sus detractores, la ponderación no es otra cosa que un subterfugio que da vía libre al activismo judicial[195].

1.2.2.5. Implicancias del reconocimiento de una dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Como resultado de todo lo expuesto, la concepción de los derechos fundamentales como un orden axiológico ha implicado, sin lugar a dudas, su reforzamiento. Al turno, esto ha producido un empoderamiento de los jueces de un modo que no tiene precedentes, haciendo que su función de control tenga hoy -en palabras de OTTO BACHOF- una "extraordinaria extensión"[196]. Sumado a lo anterior, el auge del garantismo ha supuesto el desarrollo cualitativo y cuantitativo de los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, entendidos en su dimensión subjetiva, con lo cual la función jurisdiccional se perfila como preponderante en el actual Estado Constitucional de Derecho, modelo en el cual, tales derechos, constituyen la piedra angular.

No obstante, una serie de asunciones derivadas de la dimensión objetiva, entre las que se cuentan: la aplicación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento, su eficacia horizontal y el carácter principial de las normas que los proclaman; combinadas entre sí, han dado pábulo a lo que Alexy denomina como "concepción amplia y comprehensiva" (*weit und umfassend*)[197] de tales derechos.

En virtud de tal entendimiento, no es difícil predicar que virtualmente cualquier conflicto jurídico, del orden normativo que sea, indistintamente de las partes que involucre y de la jerarquía de las reglas que pudieran gobernarlo, puede transformarse, mediante un ejercicio de interpretación extensiva, en un conflicto de derechos fundamentales, aunque las implicancias de éstos en dicho asunto sean sólo indirectas o tangenciales. Tal panorama no surge de manera aislada, ni únicamente como derivación de la dimensión objetiva antes presentada, sino que se enmarca en un fenómeno mucho

[194] Moreso, explicando la visión de Guastini, señala que la ponderación es "resultado de una actividad radicalmente subjetiva" pues "es resultado de un juicio de valor del intérprete". Lo anterior es consistente con la tesis del profesor genovés en orden a que la interpretación jurídica es un acto volitivo y no cognoscitivo. MORESO, Josep Joan. "Guastini sobre la ponderación". *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, vol. 17, 2002, pp. 231-232.
[195] GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Decidir y argumentar sobre derechos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 115.
[196] BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985, p. 27.
[197] ALEXY. Ob. Cit., 2009b, p. 3.

más amplio, que COMANDUCCI denomina "omnipresencia de la Constitución", en virtud del cual ésta "informa por sí misma a todo el sistema" y, en consecuencia, "toda la legislación es entendida como actuación de la Constitución y se interpreta a la luz de la Constitución"[198].

Desde una perspectiva procesal, la concepción amplia de los derechos antes descrita, redunda en que, conflictos jurídicos que se originan como litigios comunes pueden, con posterioridad y mediante el encuadre con ciertos derechos fundamentales que se proyecten o irradien sobre ellos, mutar en litigios constitucionales. He allí la importancia de definir, con la mayor precisión posible, el objeto de la jurisdicción constitucional de la libertad.

1.3. Garantías de los derechos fundamentales

1.3.1. La noción de "garantía" en el Derecho Constitucional

El concepto de "garantía" estuvo tradicionalmente vinculado a las instituciones de derecho privado, siendo su finalidad el asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los sujetos, brindándole al acreedor la seguridad de su crédito[199]. Sin embargo, con el advenimiento del pensamiento iluminista, dicha voz se extendió, también, a cualquier forma de salvaguardia de la libertad individual, especialmente, en su relación con el *ius puniendi* estatal. De este primer movimiento, conocido como "garantismo criminal" o "garantismo penal" proviene el germen del garantismo actual[200], cuya finalidad es perfeccionar los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

KELSEN sostendría que la única manera de asegurar la normatividad de las Constituciones es mediante el establecimiento de garantías de su observancia, a las cuales definirá como "los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general"[201]. En tal sentido, el jurista austríaco se está refiriendo a una categoría genérica, dentro de la cual pueden englobarse

[198] COMANDUCCI. Ob. Cit., p. 32.
[199] Lo avala, entre otros: FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., 2018, p. 266.
[200] Ver más en: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 21-28.
[201] KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México: Universidad Autónoma de México, 1995, p. 34.

diferentes métodos de preservación del orden constitucional, entre los que podemos incluir las garantías de los derechos fundamentales.

En esta materia, resulta importante tener presente que el concepto de "garantía constitucional" suele dar lugar a un equívoco, pues se emplea indistintamente para designar, en algunos casos, el bien o valor que es objeto de protección y, en otros, los instrumentos o medios jurídicos para dicha llevar a cabo dicha tutela[202].

1.3.2. Garantías de los derechos fundamentales y sus tipologías

Sobre la base de lo antes señalado, y a pesar de no poseer un significado técnico jurídico preciso[203], se propone que la expresión "garantías de los derechos fundamentales" sea comprendida en el sentido que le asigna FERRAJOLI, a saber, como "las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional" [204].

En el mismo orden de ideas, el autor italiano expresa que la proclamación de ciertos derechos en la Carta Fundamental equivale, también, a una "declaración constitucional de deberes del Estado"[205]. Tales obligaciones se refieren tanto al disfrute sustantivo de los derechos fundamentales como a su protección procesal, lo que permite clasificar a las garantías en primarias y secundarias. Las primeras se traducen en "expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)"[206] y las segundas, en "obligaciones de reparar y sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, la violación de las garantías primarias."[207] Estas últimas constituyen el foco de la presente investigación.

Por otro lado, en la tipología elaborada por DÍEZ-PICAZO, las garantías se clasifican, según su destinatario, en aquellas establecidas contra el legislador, por un lado,

---

[202] SASTRE ARIZA, Santiago. "Derecho y garantías". *Jueces para la Democracia,* vol. 38, 2000, p. 47. Ello puede apreciarse, con mayor intensidad, en las Constituciones y textos legislativos previos al movimiento de universalización de los derechos, épocas en que la expresión "garantías constitucionales" solía usarse en reemplazo de la actual designación de "derechos fundamentales". Al efecto, es útil recordar, por ejemplo, que el órgano instaurado en España, en 1931, se denominaba de Tribunal de "Garantías Constitucionales" y que, en Chile, el auto acordado que regula su mecanismo de amparo extraordinario, lo denomina "recurso de protección de las garantías constitucionales".
[203] DÍEZ-PICAZO. Ob. Cit., p. 69.
[204] FERRAJOLI, Luigi. "El derecho como un sistema de garantías". *Themis* vol. 29, 1994, p. 125.
[205] FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., 1995, p. 862.
[206] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004, p. 43.
[207] Ibídem.

y las dirigidas contra la Administración y el Poder Judicial, por otro. Entre las que buscan limitar al legislador, se enumeran la rigidez constitucional, como garantía de orden sustantivo y los procedimientos para el control de constitucionalidad de las leyes, como garantías de orden procesal. Entre las dirigidas contra la Administración y el Poder Judicial, en un plano sustantivo, se consideran las reservas de ley y el principio de legalidad; mientras que, desde una perspectiva procesal, se incluyen el control judicial de la Administración como garantía de los derechos fundamentales frente a ésta y la existencia de un sistema recursivo como garantía frente a la judicatura[208]. La situación del procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución española y del recurso de amparo constitucional, dado su dificultoso encuadre en alguna de las categorías antes señaladas, es objeto de un tratamiento aparte en la taxonomía propuesta[209]. Tales institutos ameritarán, por nuestra parte, una reflexión mucho más detallada en los restantes capítulos de este trabajo.

Por su parte, JAVIER PÉREZ ROYO y MANUEL CARRASCO DURÁN, atendiendo a la doble naturaleza de los derechos fundamentales, consideran la existencia de garantías objetivas y subjetivas. Las garantías objetivas o institucionales son "instrumentos que la Constitución establece para que los poderes públicos tengan que actuar de una manera determinada siempre que lo que esté en juego sea un derecho, deber o libertad constitucionalmente reconocido. Son garantías *normativas*"[210]. Por su parte, las garantías subjetivas o individuales son "instrumentos que la Constitución pone a disposición del individuo para que pueda reaccionar frente a una posible vulneración de un derecho. Son garantías *jurisdiccionales*"[211]. Además de éstas, los autores mencionados incluyen al Defensor del Pueblo como una garantía orgánica y diferenciada de las categorías antes mencionadas, pues no cabe con precisión en ninguna de ellas[212].

Entre las garantías objetivas se incluyen: primero, las denominadas garantías constitucionales, que no son exclusivas de los derechos fundamentales, sino de todo el orden constitucional, como las normas sobre reforma constitucional y el control de constitucionalidad de la ley; segundo, el principio de legalidad en relación al "contenido esencial" de los derechos, que, en el caso español, se traduce positivamente, en la exigencia de leyes orgánicas para la regulación de los derechos fundamentales y,

[208] Ver más en: DÍEZ-PICAZO. Ob. Cit., pp. 69-74.
[209] Ibídem, pp. 75-78.
[210] PÉREZ ROYO y CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., p. 449.
[211] Ibídem.
[212] Ibídem, p. 451.

negativamente, en la exclusión de otras fuentes o mecanismos (como los decretos de comisión, la iniciativa legislativa popular, el decreto legislativo y el decreto ley) para tal fin; y, tercero, la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales en cualquier parte del territorio del Estado (que, a pesar de las autonomías territoriales que prevé el sistema español, es una exigencia que fluye de los artículos 139.1 y 141.1.1ª de la Constitución española)[213]. Por otro lado, entre las garantías subjetivas se cuenta, en el caso español: en primer lugar, la garantía judicial común de los derechos fundamentales, los cuales pueden ser exigidos ante cualquier juez y en todo procedimiento; en segundo lugar, el procedimiento preferente y sumario, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española; y, por último, el recurso de amparo constitucional, que procede ante el Tribunal Constitucional, en forma subsidiaria a las vías judiciales antes mencionadas[214].

Otra tipología es la propuesta por GREGORIO PECES-BARBA, quien clasifica a las garantías de los derechos, según su origen, en nacionales e internacionales. Entre las primeras, distingue las garantías generales de las específicas y, estas últimas, las subdivide en cinco subtipos, dependiendo de su fin u objeto: regulación, control y fiscalización, interpretación, internas al derecho y judiciales[215].

Por último, en torno al panorama general de los instrumentos de protección[216] de los derechos fundamentales, ANTONIO PÉREZ LUÑO los clasifica en tres grupos: garantías normativas, garantías jurisdiccionales y garantías institucionales. Las primeras forman parte de un "dispositivo normativo encaminado a: asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por su integridad de su sentido y función"[217] y, entre ellas, se enumeran: la vinculación de todos los derechos fundamentales a los poderes públicos y particulares, la rigidez constitucional, la reserva de ley y el respeto por el contenido esencial de los derechos[218]. Por su parte, las garantías jurisdiccionales se clasifican entre aquellas de naturaleza genérica, es decir, las que aplican para el resguardo de cualquier derecho, entre ellos, los fundamentales (tutela judicial efectiva sin indefensión, juez predeterminado y debido proceso) y los específicos

[213] Ibídem, p. 450.
[214] Ibídem.
[215] Para revisar con mayor detalle esta tipología, ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ. Ob. Cit., 2014, pp. 501-568.
[216] Es interesante notar que, en su libro dedicado a este tema, Pérez Luño encabeza el acápite relativo a las garantías de los derechos fundamentales no con ese nombre, sino bajo el rótulo de "instrumentos de protección" de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que, luego utiliza ambos conceptos como sinónimos. Ver, al efecto, PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., pp. 61-62.
[217] Ibídem, p. 62.
[218] Para revisar con más precisión cada una de ellas, ver: Ibídem, pp. 62-75.

(que, en España, se componen del recurso de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, los amparos ordinarios y el recurso de amparo constitucional)[219]. En tercer lugar, las garantías institucionales incluyen, como mecanismos genéricos, todas las formas de control parlamentario en que los derechos fundamentales sean invocados como fundamento de su ejercicio y, como forma específica, la existencia de un Defensor del Pueblo[220].

1.3.3. Respuesta a una interrogante pendiente: relación entre las nociones de "garantía" y "derecho fundamental"[221]

Las clasificaciones antes mencionadas nos permiten dar respuesta a la interrogante que se planteara al abordar el concepto de los derechos fundamentales respecto de si su garantía era una característica definitoria y esencial o si, por el contrario, ella es un elemento externo y meramente accidental.

Sobre dicho asunto, es importante clarificar que, en vista de que los derechos fundamentales no sólo representan posiciones jurídicas que sus titulares puedan hacer valer (dimensión subjetiva) sino que también son normas del entramado constitucional (dimensión objetiva), sostener que éstas últimas carecen de medios para hacerlas obligatorias implicaría reconocer implícitamente el carácter programático y no vinculante de la Constitución que las contiene.

En otras palabras, las garantías de los derechos fundamentales, en la forma que han sido presentadas, se revelan como un conjunto de dispositivos que pretenden, por un lado, amparar el ejercicio que lleve a efecto su titular y, por otro, resguardar la vigencia de un conjunto de normas constitucionales que, por representar definiciones axiológicas de la mayor trascendencia para ese ordenamiento, no pueden mutar mediante procedimientos ordinarios ni desconocerse por los poderes constituidos. De esa manera, en el Estado Constitucional de Derecho, todos los derechos fundamentales traen aparejadas garantías, no sólo por su condición de derechos subjetivos, sino especialmente por su carácter de normas objetivas de rango constitucional, dotadas, por tanto, de supremacía.

[219] Para un tratamiento detallado: Ibídem, pp. 75-91.
[220] Para revisar, con mayor profundidad, cada uno de estos mecanismos y el modo en que garantizan los derechos fundamentales, ver: Ibídem, pp. 91-102.
[221] Esta interrogante se formuló en el punto 1.1.3.3.

Por otro lado, no es efectivo que existan derechos fundamentales carentes de garantía jurisdiccional. Todas las Cartas Fundamentales de tipo normativo, son derecho aplicable por los jueces y, en tal calidad, no es posible sostener que exista autorización alguna para que éstos puedan preterir algunas de sus disposiciones, descartándolas como parte del parámetro a aplicar cuando se ejerce control constitucional. Un fenómeno diferente es que algunas posiciones jurídicas iusfundamentales sean excluidas del catálogo de derechos reclamables por una o más vías procesales en particular, lo cual puede obedecer a razones de diverso orden, que pueden estar vinculadas a una dificultad para que los tribunales ordenen ciertas medidas en favor de sus titulares (como ocurre con algunos derechos sociales) o al diseño procesal de dicho instrumento, sin que esta circunstancia merme, en caso alguno, su naturaleza de derechos fundamentales. Éstos, como ya se dijo, serán aplicados como parte del parámetro de control de constitucionalidad mediante otros mecanismos de que el ordenamiento disponga.

Concordante con tal postura, FERRAJOLI ha señalado que la ausencia de algunas garantías secundarias, entendidas como el señalamiento de un determinado órgano para invalidar o sancionar sus violaciones, no priva a un derecho subjetivo (en este caso, uno fundamental) de su condición, sino que simplemente evidencia la existencia de una laguna que, en caso de ser posible, debe ser colmada, en función de no tornar aquél en un simple "derecho de papel"[222].

Como corolario de este apartado, es importante señalar que esta investigación se centra en aquel tipo de garantías cuya finalidad es impetrar, ante los tribunales correspondientes, las pretensiones destinadas a prevenir o remediar la violación de los derechos fundamentales. La inserción de éstas en los sistemas de justicia constitucional es, en la mayoría de los casos, un fenómeno relativamente reciente y que, en alguna medida, ha distorsionado no sólo el funcionamiento de aquéllos, sino también de la justicia ordinaria.

En función de adentrarnos en aquellas transformaciones y en las disfunciones que han traído aparejadas, por razones de orden, a continuación, se abordarán los modelos clásicos de jurisdicción constitucional para, posteriormente, intentar sopesar las consecuencias que, en los mismos, produjo la irrupción de los diferentes mecanismos de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

[222] FERRAJOLI. Ob. Cit., 2004, pp. 61-62.

Conclusiones del primer capítulo

Los derechos fundamentales han experimentado una notoria evolución. El tránsito desde las primeras declaraciones, que tenían un carácter meramente programático, a su actual fuerza vinculante, ha supuesto una serie de transformaciones sustantivas y procesales.

Desde el punto de vista sustantivo, la garantía de los derechos fundamentales ha pasado de ser dispensada exclusivamente por el legislador, mediante leyes, a encontrarse confiada, igualmente, a todos los jueces y tribunales, a través de la aplicación directa de la Constitución. Con ello, se hizo posible reconocer dos niveles de normación y, correlativamente, dos parámetros jurídicos diferenciados: la constitucionalidad y la legalidad.

Desde una perspectiva procesal, la legislación dictada bajo el influjo de las normas constitucionales y aplicada en los procesos ordinarios, dejó de ser la única manera de asegurar los derechos fundamentales, en la medida que ellos mismos se transformaron en derecho inmediatamente aplicable por todos los órganos jurisdiccionales, convirtiéndose todos éstos, desde una visión funcional, en jueces constitucionales. Asimismo, se amplió el control de constitucionalidad de la ley, erigiéndose los derechos fundamentales en el principal parámetro para su ejercicio, se reorientaron ciertos institutos procesales, añadiéndoseles una función de garantía de tales derechos y, en algunos casos, se crearon nuevos cauces para su tutela jurisdiccional directa.

Lo anterior implicó un robustecimiento de los derechos fundamentales, pero, al mismo tiempo, supuso la necesidad de articular las distintas vías procesales (ordinarias y constitucionales), de formular una redistribución atributiva entre tribunales (especialmente, en aquellos sistemas en que la jurisdicción constitucional y la ordinaria se ejercen por órganos diferentes) y de balancear el poder que ostentan los órganos jurisdiccionales y los demás poderes constituidos.

Para la comprensión del fenómeno que dio origen a estas transformaciones, es útil el recurso a la teoría general de los derechos fundamentales. Sin embargo, dada la amplitud de tópicos que se ubican dentro de la misma, se consideró pertinente analizar sólo aquellos que se vinculan más estrechamente con los derechos fundamentales, en su calidad de objetos de la jurisdicción constitucional. Así, se han abordado, esencialmente, el concepto (o concepciones) de los derechos fundamentales, su doble dimensión y su garantía.

En primer lugar, la reflexión sobre las concepciones relativas a los derechos fundamentales se plantea desde una perspectiva estrictamente jurídica, sin perjuicio de que las formulaciones teóricas en que se basa, provengan de distintas corrientes filosóficas o doctrinas políticas. Adicionalmente, las diversas concepciones sobre los derechos fundamentales se conectan con las teorías sobre su origen y naturaleza, las que se han abordado sólo tangencialmente y únicamente en la medida que resulte funcional a los objetivos de esta investigación.

En concreto, las concepciones sobre los derechos fundamentales pueden sintetizarse en tres grupos: las tesis sustantivas, formalistas y eclécticas.

Las tesis sustantivas consideran fundamentales aquellos derechos más estrechamente vinculados a la dignidad humana y, sin los cuales, no es posible la subsistencia de las personas, su desarrollo en sociedad o el cumplimiento de sus planes de vida. Para esta concepción, la naturaleza o rango de la norma que proclame los derechos es indiferente a la hora de calificar su fundamentalidad, pues su consagración positiva no es un requisito, sino una mera posibilidad. A la luz de estas corrientes, el catálogo de derechos fundamentales puede ir ampliándose y renovándose conforme lo exija el cambio social, lo que ofrece infinitas posibilidades, pero, también, compromete la seguridad jurídica al dificultar la distinción inequívoca entre los derechos fundamentales, los otros derechos subjetivos y aquellas reivindicaciones o aspiraciones políticas en camino a ser reconocidas como uno u otro.

Para las concepciones formales, a su turno, sólo pueden considerarse fundamentales los derechos consagrados como tales a nivel constitucional o supralegal, prescindiendo de consideraciones materiales. Estas corrientes se compadecen mejor con la seguridad jurídica que las tesis sustantivas, a costa de una rigidez que puede acabar anclando el catálogo de derechos fundamentales a su tenor literal o a la época de su proclamación.

Por su parte, las tesis eclécticas, parten de la premisa de que las concepciones sustantivas y formales suelen converger, pues las Constituciones suelen proclamar formalmente como fundamentales derechos que cuadran en la concepción material. Frente a tal constatación, éstas consideran fundamentales los derechos que, encontrándose estrechamente ligados a la dignidad humana, hayan sido proclamados como tales por el ordenamiento. Este doble rasero, según se sostiene, puede mitigar las debilidades que las otras concepciones exhiben por separado.

En torno a la relación entre las nociones de “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, es importarte señalar que, aunque en algunos contextos se utilizan como intercambiables, no se trata de categorías equivalentes. Ambas suelen presentar una relativa identidad en torno a los bienes que protegen, pero se trata de nociones que operan en diferentes ámbitos: la denominación “derechos fundamentales” se emplea comúnmente en el ámbito de los ordenamientos internos de la tradición europeo-continental o latinoamericana y la de “derechos humanos” se utiliza normalmente en el campo del Derecho Internacional. Ello, sin perjuicio de que, excepcionalmente, en algunos sistemas domésticos, los cauces procesales de tutela de derechos fundamentales permiten, también, impetrar por su intermedio la tutela de los derechos humanos proclamados en convenciones internacionales.

En segundo lugar, en relación a las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, éstas se conectan indefectiblemente con las funciones que deben cumplir los mecanismos de garantía jurisdiccional de aquéllos, a saber, brindar tutela a los titulares afectados y, a la vez, desarrollar un significado con relevancia jurídico-institucional.

La dimensión o función subjetiva de los derechos fundamentales, se traduce en que éstos son derechos subjetivos que asisten a sus titulares y proveen al resguardo de diferentes ámbitos de su dignidad humana. Definir a los derechos fundamentales como derechos subjetivos obliga a adentrarse en esta última categoría, en función de despejar la verdadera conexión que existe entre ambas.

La noción de derechos subjetivos tiene su antecedente más remoto en la doctrina de los “derechos naturales” o “innatos”, desarrollada en la Edad Media. Éstos, con el tiempo y su positivización, fundamentarían la noción de unos “derechos subjetivos”, que justificarían el poderío desplegado por Estados, instituciones (como la Iglesia) o personas respecto de territorios, bienes u otros seres humanos. Dicha doctrina se tornará verdaderamente revolucionaria y dejará de justificar el orden existente para convertirse en la raíz de su crítica, en la obra de John Locke, quien los considerará la base de la legitimidad política, a la vez que en un límite infranqueable por la autoridad. Luego de las revoluciones liberales, los derechos subjetivos abandonarán su importancia política y se situarán, en Europa y América Latina, mayormente en el ámbito del derecho privado. A raíz de la obra de Jellinek, surgirán derechos subjetivos que se proclamarán contra el Estado y, especialmente, contra la Administración, en una época en que ésta se consideraba inmune al control, los cuales pasaron a erigirse en “derechos subjetivos

públicos" y comenzaron a operar como medios de defensa del individuo frente a tan omnímoda autoridad. Más tarde, los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos, empezarán a ser entendidos como un plexo de posiciones jurídicas que interactúan dinámicamente, cuya fuente es la norma constitucional y que se caracterizan por su jerarquía y objeto.

Por otro lado, la dimensión o función objetiva de los derechos fundamentales consiste en que éstos constituyen un "orden objetivo de valores", que se proyecta sobre todo el ordenamiento, que impulsa el quehacer de los órganos del Estado y frente al cual ninguna relación jurídica es inmune. Este constructo hunde sus raíces en la teoría de la integración, desarrollada por SMEND.

Asumir que los derechos fundamentales reflejan de un orden de valores objetivo expresado constitucionalmente, supone tres consecuencias: la primera es que éstos constituyen un interés público jurídicamente protegido; la segunda, que tales derechos representan un elemento de integración material; y la tercera, que éstos encarnan la definición de una axiología estatal. Cada una de estas sub-dimensiones o facetas de la dimensión objetiva tiene sus propias implicancias prácticas, pero, en general, puede decirse que la dimensión objetiva ha alimentado -en palabras de Alexy- una "concepción amplia y comprehensiva" (*weit und umfassend*) de los derechos fundamentales, que empodera a los jueces y potencialmente dota a cualquier controversia jurídica de una arista iusfundamental, incluidas aquellas ventiladas entre particulares y que son propias del derecho privado. Estas asunciones, resultan capitales al analizar la utilización indiscriminada de la jurisdicción constitucional, problema que no sólo se deja sentir en ella, sino que compromete el funcionamiento de toda la administración de justicia.

En tercer lugar, sobre la noción de garantía, corresponde indicar que ésta es equivoca, pues, en el derecho público, suele designar indistintamente a los medios de protección y al bien o valor que es objeto de ella. Por tal motivo, se propone que la expresión "garantías de los derechos fundamentales" designe, como propone FERRAJOLI, a "las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional". Tales garantías constituyen un plexo de institutos, de variada índole, cuya finalidad es dotar de efectividad a los derechos fundamentales. Para comprenderlas más acabadamente, la doctrina ha elaborado una serie de tipologías, que atienden a diversos criterios

clasificatorios y que ayudan a agruparlas, permitiendo reconocer sus características comunes y sus rasgos diferenciadores.

Por otra parte, en el trabajo se formuló la interrogante respecto a si la garantía de los derechos fundamentales es un elemento que los define como tales o si, por el contrario, es un rasgo deseable pero accidental. En tal sentido, las clasificaciones analizadas permiten colegir que las garantías de los derechos fundamentales son un conjunto de dispositivos que buscan amparar el libre ejercicio de éstos por su titular, a la vez que resguardar la vigencia de un conjunto de normas constitucionales que, por representar definiciones axiológicas de la mayor trascendencia para ese ordenamiento, no pueden mutar mediante procedimientos ordinarios ni desconocerse por los poderes constituidos.

Así las cosas, no es posible que existan derechos fundamentales sin garantía, pues ello implicaría afirmar que éstos poseen un carácter programático, conclusión que es incompatible con su definición misma y con la idea de una Constitución normativa. Por el contrario, debe afirmarse que todos los derechos fundamentales han garantizarse jurisdiccionalmente, pues constituyen normas aplicables por todos los jueces, sin que puedan ser preteridas. Un fenómeno diferente es que algunas posiciones jurídicas iusfundamentales sean excluidas del catálogo de derechos reclamables por una o más vías procesales en particular, lo cual puede obedecer a razones de diverso orden, sin que ello comprometa su calidad de derechos fundamentales.

CAPÍTULO 2: LA GARANTÍA JURISDICCIONAL SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales no es tarea exclusiva de ningún órgano. Dada la aplicación directa de la Constitución, los derechos proclamados en ella son normas jurídicas que vinculan a todos los poderes del Estado y, especialmente, a todos los órganos jurisdiccionales. En el específico caso de los jueces constitucionales, dicho cometido se satisface, tanto a través del control de constitucionalidad de la ley, como mediante los dispositivos de tutela jurisdiccional directa, en aquellos ordenamientos que disponen de estos últimos.

En virtud del carácter bidimensional de los derechos fundamentales, esto es, de su doble carácter como derechos subjetivos y normas objetivas que representan valores definidos constitucionalmente, su tutela jurisdiccional debe estar configurada de un modo que permita garantizarlos en ambos sentidos.

Así, para garantizar los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva, los dispositivos procesales encaminados a tutelarlos deben ser eficientes en cuanto al tiempo, adecuados al fin que persiguen y efectivos en cuanto a las medidas destinadas a su resguardo. Por otra parte, si existen mecanismos de tutela directa, éstos deben ser específicos y quedar reservados exclusivamente para asuntos iusfundamentales, además de articularse apropiadamente con los restantes dispositivos procesales del ordenamiento, evitando conflictos competenciales y propendiendo a la colaboración entre los distintos órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, para garantizar los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, es imprescindible que exista un órgano competente para fijar su interpretación oficial o definitiva, que dicha magistratura mantenga líneas jurisprudenciales estables sobre sus alcances y que existan uno o más dispositivos procesales que le permitan fijar pautas hermenéuticas que orienten la labor de los restantes órganos jurisdiccionales.

La garantía de ambas dimensiones de los derechos fundamentales representa un evidente avance en la protección de la dignidad humana, pero también ha supuesto importantes desafíos para la justicia constitucional. A pesar de que tales derechos hoy son la pieza central de los modelos de jurisdicción constitucional, en sus orígenes, dichos sistemas no fueron configurados necesariamente con la función principal de brindarles tutela.

Por lo expuesto, este capítulo comenzará adentrándose en la configuración de los principales modelos de justicia constitucional, el difuso y el concentrado, para conocer sus antecedentes históricos y teóricos, sus características definitorias, principales desafíos e interacciones recíprocas.

Con posterioridad, se analizará el impacto que ha tenido la incorporación, a la justicia constitucional, de una función de garantía de los derechos fundamentales, en sus dimensiones subjetiva y objetiva, y las implicancias de dicha transformación. En esta materia, debe tenerse presente que los ordenamientos, en muchos casos, en la búsqueda de mejores fórmulas para garantizar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales, han acabado postergando -deliberada o involuntariamente- una dimensión de éstos en pos de la otra y han generado con ello, disfunciones en la administración de justicia. Tal fenómeno será, también, objeto de tratamiento en este capítulo y en los restantes.

A continuación, se analizarán los mecanismos de tutela directa de derechos fundamentales (amparos), examinando si es posible entenderlos como un sistema, construir un concepto unitario que los agrupe e identificar sus elementos esenciales. Todo esto, desde la perspectiva de su tutela subjetiva.

Finalmente, se reflexionará sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y los elementos que debe presentar un modelo de justicia constitucional que permita el desarrollo de su faz institucional y la consolidación de los lineamientos hermenéuticos en torno a su sentido y alcance.

2.1. Modelos de justicia constitucional: orígenes y transformaciones

Entre los antecedentes de la justicia constitucional se suelen incluir una serie de hitos de la más variada índole. De ese modo, se indica habitualmente que el famoso "caso Bonham"[223], en Inglaterra, habría representado el primer intento por sujetar a derecho al legislador, ejerciendo control sobre uno de sus productos normativos. Este precedente, según GARCÍA DE ENTERRÍA, habría sido determinante en la generación del primer modelo

[223] Para una completa explicación sobre el contexto previo al caso y sobre los hechos que lo motivaron, ver, por todos: REY MARTÍNEZ, Fernando. "Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review". *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 27, N° 81, 2007, pp. 169-174.

de control de constitucionalidad de las leyes, que surgiría, más tarde, en Estados Unidos[224].

A pesar de que, la real trascendencia del "caso Bonham" en el surgimiento de la justicia constitucional, ha sido objeto de fundados cuestionamientos[225], lo que sí es un hecho pacífico, es que la revisión judicial de las leyes (*judicial review*) es una doctrina forjada en la tradición del *Common Law*. De hecho, como señala FAVOREU, en Europa y el resto del mundo, el control de constitucionalidad de las leyes tiene una historia breve y que se remonta, como primeros hitos, al año 1920, en que se instauraron el Tribunal checoslovaco (febrero) y el Alto Tribunal Constitucional de Austria (octubre) y a 1931[226], en que se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales español[227].

La justicia constitucional, no obstante, no se agota en el control de constitucionalidad de las leyes. Si bien, ésta surgió a raíz de la necesidad de escrutar los productos normativos del legislador, principalmente, en base a razones competenciales, con el tiempo, otras contiendas entre órganos estatales requirieron la aplicación jurisdiccional de la Constitución. A ello debe sumarse que, con posterioridad a las Guerras Mundiales, se producirá el auge de aquella que CAPPELLETTI denominó "jurisdicción constitucional de la libertad", compuesta de mecanismos para la defensa de los "intereses supremos" de la persona, encarnados en los derechos fundamentales, la cual, también permitirá a ésta actuar como "moderadora de toda la función pública"[228].

A pesar de que la defensa de la libertad es una idea antigua y que, según algunos, se remonta hasta el medioevo, el surgimiento de acciones y procedimientos específicamente encaminados a la tutela jurisdiccional directa de los derechos fundamentales es un fenómeno relativamente reciente, tanto en Europa como en

---

[224] GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador". *Revista de Administración Pública*, vol. 159, 2002, pp. 191-192.

[225] Así, por ejemplo, Fernando Rey destaca que la conexión existente entre la decisión del juez Coke y el modelo de revisión judicial norteamericano ha sido más enfatizado por la doctrina española que por la norteamericana o la inglesa. Asimismo, subraya que en el caso Bonham, el objeto controlado era una decisión regia y no una ley del Parlamento, lo que torna cuestionable su carácter de antecedente del control de constitucionalidad de las leyes. Ver más en: REY MARTÍNEZ. Ob. Cit., pp.174-181. En el mismo sentido que Rey Martínez, se pronunció Kramer. KRAMER, Larry. "The Supreme Court 2000. Term Forward: We the court". *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, p. 25.

[226] Si bien en esa fecha se previó su existencia en la Constitución del mismo año, dicho órgano no comenzó a operar sino hasta después de promulgada su Ley Orgánica, en junio de 1933 y cesó en funciones en 1939, producto de la Guerra Civil. Ver más en: Tribunal Constitucional de España (2016) El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/va/tribunal/historia/Paginas/Tribunal-de-Garantias-Constitucionales.aspx (fecha de visita: mayo 05, 2023).

[227] FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Ariel, 1994, pp. 13-14.

[228] CAPPELETTI. Ob. Cit., pp. 214-215.

Latinoamérica. Además, no es infrecuente encontrar ordenamientos en que el cometido de amparar los derechos se cumple, a nivel de justicia constitucional, principalmente a través del control de constitucionalidad de la ley, sin que cuenten con instrumentos de tutela directa de derechos fundamentales[229]. La diferencia entre una opción y otra, estribará en que los procesos dirigidos a la tutela directa de derechos fundamentales permitirán al órgano jurisdiccional adoptar inmediatamente medidas concretas para restablecer o preservar el derecho fundamental afectado, mientras que el juez de control de constitucionalidad, si es diferente del que conoce del litigio en que la ley impugnada se aplica, dependerá de la colaboración de este último para materializar la protección de los derechos fundamentales amagados.

En lo tocante a los procesos de tutela directa de derechos fundamentales, el primer paso fue dado en 1857, por México, país que estatuyó federalmente un juicio de amparo con dicho propósito. Con el correr del tiempo, y siguiendo dicho ejemplo, una serie de naciones europeas y latinoamericanas, durante el siglo XX, diseñaron sus propios instrumentos para tal finalidad. Más recientemente, con la caída de la Unión Soviética, otros ordenamientos, en países escindidos o ubicados antiguamente bajo su órbita de influencia, comenzaron a seguir esta tendencia.

A modo de síntesis, cuando se habla de justicia constitucional, se alude genéricamente a todos los dispositivos encaminados a velar por la supremacía de la Constitución.

A pesar de lo anterior, conviene reparar en que, respecto a la función de aplicar jurisdiccionalmente la Constitución, algunos ordenamientos distinguen entre la denominada justicia constitucional, por un lado y la jurisdicción constitucional, por otro, diferencia basada en un criterio orgánico-formal: la primera se ejercería por el Poder Judicial y la segunda, por el Tribunal Constitucional. No obstante, siguiendo a PÉREZ TREMPS, consideramos que "el concepto de 'justicia constitucional' hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, que no es otro que el conjunto de técnicas

[229] Eso es lo que ocurre, entre muchos otros casos, en Italia, en que no existe un recurso de amparo como los previstos en Alemania, España o Latinoamérica, sino que la función de tutela de derechos se realiza por la Corte Constitucional vía cuestión de inconstitucionalidad de la ley. A pesar de ello, la Corte Constitucional ha desarrollado una profusa jurisprudencia sobre derechos fundamentales. La carencia de un sistema de amparo en Italia, a juicio de von Bogdandy y Paris, complejiza el escenario, pues la Corte Constitucional dependerá, para la efectividad de sus decisiones, de la colaboración "forzada" de los tribunales ordinarios. VON BOGDANDY, Armin y PARIS, Davide. "La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán". *Revista Derecho del Estado*, vol. 43, 2019, p. 10.

tendentes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean"[230].

Dentro de los mecanismos de la justicia constitucional es posible distinguir aquellos dirigidos al control de constitucionalidad de la ley, por una parte, y los procesos orientados a amparar directamente los derechos fundamentales, por otra, como dos vertientes claramente diferenciadas. Asimismo, existen otras funciones de control y cauces contenciosos que forman parte de la justicia constitucional, pero indudablemente los dos géneros antes mencionados constituyen la médula de tal función.

La escisión de la justicia constitucional, en sus dos principales variantes, obedece a que el control de constitucionalidad de la ley surgió cronológicamente antes que los instrumentos tutela directa de derechos fundamentales y, también, a que, desde la perspectiva procesal, los dispositivos que se integran en cada una, exhiben importantes diferencias. Respecto de este último punto, los procesos de control de constitucionalidad de las leyes y los de tutela directa de derechos fundamentales se distinguen a nivel de partes o intervinientes, intereses en juego, pretensiones procesales y medidas que el tribunal respectivo puede adoptar, entre otras características. A pesar de sus diferencias, no debe perderse de vista que ambas variantes de la justicia constitucional cumplen una función protectora de los derechos fundamentales.

Con todo lo dicho, y en función de construir un entendimiento más completo sobre las transformaciones experimentadas por la justicia constitucional y sobre sus desafíos actuales, se hace necesario partir examinando sus orígenes y características, comenzando desde los modelos clásicos y examinando la forma en que éstos han ido incorporando la misión de tutelar los derechos fundamentales.

2.1.1. Modelo de justicia constitucional difuso, judicial o norteamericano

2.1.1.1. Orígenes del modelo difuso, judicial o norteamericano

Se trata del más antiguo modelo de justicia constitucional. Sus orígenes suelen situarse en los postulados defendidos por ALEXANDER HAMILTON, en El Federalista N° 78, documento en el que se argumenta a favor de la facultad de los tribunales para revisar

[230] PÉREZ TREMPS, Pablo. "La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina". *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano,* vol. 2, 2003, p. 67.

la conformidad de las leyes con a la Constitución, en los siguientes términos: "El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados"[231].

La realidad que HAMILTON describe en sus escritos y las críticas a que hace referencia, no obedecen sólo a conjeturas o teorizaciones, sino que se desprenden de casos ventilados frente a varios tribunales estatales que, antes de 1788, ya habían debido enfrentarse al dilema de dejar sin efecto legislación interna que conflictuaba con la Constitución estatal[232]. Es decir, que la doctrina de la revisión judicial de las leyes puede rastrearse hasta los propios orígenes de los Estados Unidos como nación independiente y de sus instituciones jurídicas. No obstante, tanto antes de la redacción de la Constitución de 1787, como durante los primeros años de su entrada en vigor, su adopción estuvo lejos de ser pacífica[233].

Como respuesta a las objeciones respecto de la aplicación del *judicial review*, en el mismo Federalista N° 78 y a renglón seguido de la cita antes transcrita, se plantea que: "Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben"[234]. Es decir, que la idea de la supremacía constitucional, que acabaría separando el pensamiento jurídico

[231] HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John. *El Federalista. Número 78*, 1788. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html (fecha de visita: mayo 06, 2023).
[232] Así se desprende, por ejemplo, del discurso del Chief Justice Charles Evans Hughes, en 1932, quien testimonió la efectividad de esta práctica, incluso antes de la entrada en vigor de la Constitución federal. Ver más en: CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *The Court and Constitutional Interpretation*. *The Republic endures and this is the symbol of its faith*. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx#:~:text=%22The%20republic%20endures%20and%20this,the%20symbol%20of%20its%20faith.%22&text=%22EQUAL%20JUSTICE%20UNDER%20LAW%22-,Court%20of%20the%20United%20States. (fecha de visita junio 06, 2023). Por otro lado, algunos de los casos en que los tribunales estatales, con abundantes vacilaciones y en medio de fuertes críticas, debieron enfrentar la posibilidad del *judicial review* contra legislación local, aparecen detallados en: KRAMER. Ob. Cit., pp. 56-58.
[233] Así lo atestigua, entre otros: Ibídem, pp. 50-61.
[234] HAMILTON, MADISON y JAY. Ob. Cit.

norteamericano del europeo durante todo el siglo XIX y parte del XX, se encontraba ya en las bases filosófico-políticas acuñadas por los redactores de la Constitución federal.

No obstante, conviene recordar que el modelo de revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley no se encuentra establecido textualmente en la Constitución de los Estados Unidos[235], sino que fue una construcción pretoriana, cuyo punto de partida suele fijarse en la famosa sentencia del caso Marbury v. Madison de 1803[236]. En ella, la Corte Suprema federal sentó dos importantes principios: la supremacía de la Constitución[237] y la posibilidad que asiste a todos los jueces de inaplicar las leyes contrarias a ésta[238]. Ambos elementos configuraron las bases del denominado modelo de

[235] El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos señala que el poder judicial será "conferido" (*vested*) a la Corte Suprema y los tribunales inferiores que el Congreso establezca. En su sección 2ª estatuye la llamada "cláusula de casos y controversias", que permite a la Corte conocer de los asuntos de derecho y equidad constitucionales, legales y relativos a tratados. Constitución de los Estados Unidos. Artículo III. Disponible en: https://constitution.congress.gov/constitution/article-3/ [inglés] y https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/usa [español] (fecha de visita: 06 de junio, 2023).

[236] Los hechos del caso, en palabras de Miguel Carbonell, son los que siguen: "(..) [E]l 27 de febrero de 1801, faltando pocos días de la toma de posesión de Jefferson como Presidente y del cambio de poderes en el Congreso (que pasaría a estar bajo dominio de los republicanos), fue aprobado por el Presidente Adams el nombramiento de 42 jueces de paz para servir por un periodo de cinco años en el distrito judicial de Columbia y de Alexandria. El Senado hizo las correspondientes ratificaciones el 3 de marzo, un día antes de la toma de posesión de Jefferson. John Marshall, quien para ese entonces se desempeñaba como secretario de Estado, debía certificar los nombramientos, extendiendo sobre los mismos un sello oficial. A pesar de que contó con ayuda para hacerlo, no tuvo tiempo para sellar los nombramientos y enviarlos a sus titulares.

Cuando toma posesión el nuevo secretario de Estado, nada menos que James Madison, el protegido de Thomas Jefferson y eminente abogado, se niega a sellar y entregar los nombramientos que faltan. En 1802, sin que se hubiera resuelto la cuestión, el Senado decide modificar la ley sobre circuitos judiciales y elimina las plazas de los jueces nombrados por Adams.

William Marbury fue uno de los jueces que, habiendo sido nombrado por el Presidente y ratificado por el Senado, no recibió tal nombramiento. Marbury demandó a Madison en su carácter de secretario de Estado y responsable de enviarle su nombramiento. Pedía una orden de *mandamus* para que el gobierno se viera obligado a hacerle llegar el nombramiento". CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. "Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* vol. 5, 2006, p. 292.

[237] Brewer-Carías señala que la conclusión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la supremacía de la Constitución, en el caso de Marbury v. Madison, tendría su fundamento en el artículo VI, sección 2ª de la Constitución, que establece que la Constitución, la ley y los tratados son el "supremo derecho" del país. BREWER-CARÍAS, Allan. "Control de constitucionalidad y justicia cautelar en los Estados Unidos: el caso de la orden ejecutiva sobre asuntos de inmigración de 27 de enero de 2017". *Revista de Administración Pública,* vol. 203, 2017, p. 446. Sin embargo, a nuestro juicio, se echa de menos una mención expresa en la sentencia de esa norma para dar mayor soporte a tal conclusión.

[238] Estas dos ideas pueden leerse claramente al final de la sentencia, cuando el juez Marshall, redactando la opinión unánime de la Corte, expresa: "En estos términos, la peculiar fraseología de la constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas, que una ley repugnante a la Constitución es nula, y que las cortes, tanto como otros departamentos se hallan legalmente obligados por ese instrumento." CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. 5 U.S. 137 (1803). *Marbury v. Madison*; 24 de febrero de 1803. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/marbury-v-madison.pdf (fecha visita: junio 06, 2023).

control de constitucionalidad difuso, cuyo nombre deriva de la radicación de esta competencia en todos los órganos judiciales, sin circunscribirla a ninguno en específico.

No obstante, el clima político previo a dicha sentencia y el posterior a ella, verá enfrentados a los partidarios de una autonomía fuerte de los Estados miembros y a quienes consideraban necesario dotar de mayores atribuciones al gobierno federal. La pugna entre Republicanos y Federalistas será el telón en que se suscitarán las decisiones judiciales que irán modelando el sistema norteamericano de control de constitucionalidad[239].

Por lo anterior, se ha dicho que este modelo de control sólo pudo comenzar a consolidarse tras el fallo de *"McCulloch v. Maryland"* (1819), en el que, a propósito de la tesis de los "poderes implícitos" o "no enumerados" del gobierno federal sobre la que éste discurre, adicionalmente, se afianza la idea de que "la interpretación constitucional que realiza la Corte (Suprema Federal) obliga a todos los poderes públicos, tanto federales como locales"[240].

De lo anterior fluye que el sistema de jurisdicción constitucional difuso surgió como una forma de validar la autoridad superior del poder judicial, en relación a la ramas ejecutiva y legislativa, a la hora de interpretar la Constitución y, a la vez, con el propósito de asentar la primacía jurídica del poder federal, en áreas de su competencia, sobre los Estados miembros de la federación[241].

2.1.1.2. Características del modelo difuso, judicial o norteamericano

A pesar de su historia, el modelo difuso no se estructura como un mecanismo para solucionar disputas competenciales, sino más bien como uno de naturaleza incidental y concreta.

Su carácter incidental, implica que el conflicto de constitucionalidad no se ventila en un proceso especialmente previsto para esa finalidad, sino en el marco de otro litigio, en el que una de las partes estima que la aplicación de la norma impugnada perjudica sus intereses constitucionalmente protegidos[242]. Por su parte, su naturaleza concreta significa

[239] Un muy completo análisis sobre el contexto previo y posterior a la sentencia de Marbury v. Madison, puede encontrarse en: FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2011a, pp. 139-224.
[240] CARBONELL. Ob.Cit., p. 296.
[241] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob.Cit., 2011a, pp. 93-114.
[242] Kelsen lo explica de la siguiente manera: "Esta cuestión sólo puede surgir incidentalmente cuando una parte sostiene que la aplicación de una ley en un caso concreto es una violación antijurídica de sus intereses porque esa norma legal es inconstitucional". KELSEN, Hans. "Judicial Review of Legislation: A

que la verificación tiene por objeto analizar la constitucionalidad del precepto, en relación con sus efectos prácticos, en el caso particular y no busca un pronunciamiento general sobre su adecuación abstracta al orden constitucional[243].

Para completar el cuadro descrito, se hace crucial comprender que, en el modelo norteamericano, el poder de los tribunales consiste sólo en inaplicar la norma declarada contraria a la Constitución. Su derogación, por el órgano judicial, está descartada en base a dos razones: primero, porque ello es competencia privativa del órgano que la dictó (legislador o Administración, si se trata de una norma infralegal) y, segundo, dado que el alcance de las sentencias dictadas por los tribunales rige, en principio, sólo respecto de las partes del proceso respectivo.

Empero, este último punto admite un matiz, pues el derecho estadounidense reconoce, desde sus orígenes y como herencia del derecho inglés, la figura del precedente. En tal sentido, el *stare decisis*, entendido como una política judicial[244] de inalterabilidad de lo decidido previamente, especialmente si dicha decisión proviene de un tribunal superior, tiene la virtud de extender los efectos de un fallo judicial a casos futuros a ser ventilados ante el mismo órgano o frente a aquellos que le están subordinados jerárquicamente[245].

La sumatoria de elementos antes descritos, redunda en que la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte Suprema federal, si bien no expulsa a la

---

Comparative Study of the Austrian and the American Constitution". *The Journal of Politics*, vol. 4, N° 2, 1942, p. 193. (Traducción del autor)

[243] Sobre el particular, conviene recordar que, en *Muskrat v. Estados Unidos* (1911) la Corte Suprema se vio enfrentada a un caso que, presentado bajo la forma de un conflicto entre partes, en realidad camuflaba la pretensión general de declaración abstracta de inconstitucionalidad de una ley. Para rechazar pronunciarse sobre el particular, la Corte arguyó la necesidad de un verdadero "caso" o "controversia", de los que refiere el artículo III, sección 2ª de la Constitución, para ejercer su poder. Al efecto, razonó: "El derecho a declarar inconstitucional una ley surge porque un acto del Congreso en el que se basa una u otra de las partes para determinar sus derechos está en conflicto con la ley fundamental. El ejercicio de este, el más importante y delicado de los deberes de esta Corte, no le es dado como órgano con facultad de revisión de la actuación del Congreso, sino porque los derechos de los litigantes en las controversias justiciables exigen que la corte escoja entre La Ley Fundamental y una ley que pretende ser promulgada dentro de la autoridad constitucional, pero que se halla de hecho más allá del poder delegado a la rama legislativa del gobierno". CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 219 U.S. 346. *Muskrat v. Estados Unidos*; 23 de enero de 1911. Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/219/346/ (fecha de la visita: junio 06, 2023).

[244] De hecho, en su calidad de "política" (*policy*) se discute la posibilidad de que el Congreso pudiera legislar en contrario de un precedente que considere inconveniente. La mayoría de la doctrina constitucional se opone a esa idea, principalmente fundado en que, desde Marbury v. Madison, se considera que la autoridad de determinar "lo que el derecho es" corresponde exclusivamente al Poder Judicial. FALLON JR., Richard. "Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology". *New York Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 570-597.

[245] Otras aproximaciones a las dificultades y beneficios del "stare decisis" en la adjudicación constitucional contemporánea, en Estados Unidos, en: MITCHELL, George. "Stare decisis and constitutional text, en *Michigan Law Review"*, vol. 110, 2011, pp. 1-68.

norma del ordenamiento jurídico, produce el efecto de tornarla inaplicable por todos los jueces y tribunales del país. Así, siguiendo la lógica kelseniana, el precepto censurado continúa siendo válido y parte del ordenamiento jurídico, pero pierde toda eficacia[246].

Como podrá concluirse, la finalidad principal con que opera este modelo es la protección de los derechos fundamentales y no la depuración del ordenamiento jurídico, la que -como indica MEZZETTI- es sólo una "consecuencia secundaria y derivada"[247]. Ello se traduce en que tales derechos pueden ser alegados ante cualquier juez, en cualquier proceso judicial, por vía de acción o excepción[248].

Adicionalmente, en el sistema norteamericano la protección de los derechos fundamentales se da genérica e incidentalmente, a través de las medidas cautelares (*injuctions*), acciones y procedimientos comunes y no mediante procesos especiales ante órganos jurisdiccionales con una competencia específica para tal propósito. La única excepción es el *writ* de hábeas corpus, que es una acción constitucional prevista en la sección 9ª del artículo I de la Constitución y regulada en el Código de los Estados Unidos. Este dispositivo, según su normativa actual, opera en casos de privaciones de libertad realizadas en contravención al derecho federal y recibe su mayor aplicación como instrumento de revisión colateral, por parte de los tribunales federales, de las condenas impuestas por los juzgados estatales[249].

Lo anterior, desde una perspectiva conceptual, implica que la justicia constitucional en Estados Unidos responde a una delimitación funcional, en el entendido que ésta no se comprende en relación a un órgano determinado, sino al despliegue de una tarea en particular, la que, en dicho ordenamiento. corresponde a todos los tribunales del territorio, tanto del ámbito estatal como federal[250].

---

[246] El mismo Kelsen explica la relación entre eficacia y validez de la siguiente manera: "Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma." KELSEN, Hans. Ob. Cit, 2009, p. 24.

[247] MEZZETTI, Luca. "Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI". *Estudios Constitucionales*, vol. 7, N° 2, 2009, pp. 283-284.

[248] Ibídem, p. 284.

[249] Ver, al efecto: BIANCHI, Alberto. "El hábeas corpus federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema". *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, N° 1, 2020, pp. 91-168.

[250] En ese sentido, Sager, respondiendo a las críticas de Waldron, se refiere a las inmejorables condiciones que colman los tribunales para cumplir su función de impartir justicia constitucional. Al efecto ver: SAGER, Lawrence. "Constitutional Justice". *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, vol. 11, 2012, pp. 10-19.

2.1.1.3. Desafíos para la justicia constitucional surgidos en el seno del modelo difuso, judicial o norteamericano

En el ejercicio de la justicia constitucional, los tribunales norteamericanos y, en especial, la Corte Suprema, han empleado su poder con la debida cautela, reservando la declaración de inconstitucionalidad, por regla general, sólo para casos extremos[251].

No obstante, en el sistema norteamericano, dada su antigua data, los principales cuestionamientos en torno a la jurisdicción constitucional surgieron antes que en otros sistemas.

En tal sentido, los principales cuestionamientos en torno al ejercicio de esta función, han estado vinculados, por una parte, con la denominada "dificultad" o "dilema contramayoritario" y, por otra, con la metodología interpretativa empleada cuando se ejerce la justicia constitucional. Estas discusiones se han presentado posteriormente, bajo otras denominaciones y con renovados argumentos, también en los modelos de jurisdicción constitucional de otros ordenamientos.

2.1.1.3.1. Dilema o dificultad contramayoritaria

El dilema o dificultad contramayoritaria, denominado de esa forma por el jurista ALEXANDER BICKEL[252], puede definirse como una tensión entre el constitucionalismo y la democracia, que surge por la existencia de un poder de los jueces para privar de eficacia las decisiones de representantes políticamente electos y electoralmente responsables, a pesar de que aquéllos no ostentan representación política alguna, ni se hallan sujetos al escrutinio del electorado[253].

---

[251] Así, por ejemplo, entre los ejemplos más recientes están los casos de *Lawrence v. Texas,* 539 U.S. 558 (2003); de 26 de junio de 2003, en que la Corte Suprema declaró contrarias al derecho fundamental a la privacidad (cuya construcción, también, ha sido jurisprudencial) las leyes que penalizaban, como "sodomía", la conducta sexual consentida entre adultos del mismo sexo y de *Obergefell v. Hodges,* 576 U.S. 644 (2015); de 26 de junio de 2015, que estimó inconstitucionales las leyes que impedían contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, por infringir la cláusula de la igual protección de la Enmienda XIV.

[252] BICKEL, Alexander. *The least dangerous Branch*. Nueva York: Bobbs-Merrill, 1962, p. 16. A pesar de que dicho autor fue quien le dio su denominación y ofreció una comprensión más sistemática del fenómeno -tal como indica Bennett- no fue el primero en manifestar sus aprensiones en relación al *judicial review*, ni al carácter no democrático de los tribunales. BENNETT, Richard. "Counter-Conversationalism and the Sense of Difficult". *Northwestern University Law Review,* vol. 95, 1998, pp. 845-846.

[253] Muy recurrentemente, a nivel doctrinal, se define el dilema contramayoritario como una "tensión" entre el constitucionalismo y la democracia, poniendo diferentes énfasis en los restantes elementos que lo configuran. Ver por todos: TUSHNET, Mark. "Dialogic Judicial Review". en *Arkansas Law Review,* vol. 61, 2008, pp. 205-206; POST, Robert. "Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review". *California Law Review,* vol. 86, N° 3, 1998, pp. 429-443; BASSOK, "Or.The two countermajoritarian difficulties".

De esa forma, cada declaración de inconstitucionalidad respecto de una decisión de un órgano electo mediante votación popular (especialmente, si se trata de una asamblea legislativa) entrañaría una pérdida para la democracia. Como contrapunto, se señala que dicho coste puede justificarse por el carácter imprescindible del control jurídico en un Estado Constitucional de Derecho y, también, invocando otros intereses igualmente valiosos, que reforzarían su procedencia, como la protección de grupos minoritarios y subrepresentados políticamente[254].

En una versión más contemporánea, el dilema contramayoritario se ha agudizado por la permeabilidad de los tribunales a la influencia de la opinión pública, la que jugaría un rol gravitante en las decisiones de inconstitucionalidad que éstos pronuncian, con lo que acabarían erigidos en una suerte de representantes espurios de la voluntad popular[255]. En la misma línea, el panorama se complejiza, si se tiene en cuenta que -según algunos- cada declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto esencialmente contrario a las preferencias de la ciudadanía, dado que fue ésta la que eligió a los autores de dicho acto normativo[256].

2.1.1.3.2. Metodología interpretativa: ¿originalismo o "Constitución viviente"?

Respecto de la metodología interpretativa, en Estados Unidos se ha suscitado, desde hace largo tiempo, un encendido debate. Éste enfrenta, por un lado, a quienes consideran que debe estarse preferentemente a la intención original del constituyente ("originalismo"), descartando cualquier intento de actualización adecuatoria de la Carta

Saint Louis University Public Law Review, vol. 31, N° 2, 2012, p. 335. HIRSCHL, Ran. "The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law". *The American Journal of Comparative Law,* vol. 53 N° 1, 2005, p. 130.

[254] Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos, en la famosa nota al pie N° 4 de la sentencia del caso *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938), de 25 de abril de 1938, para justificar la sujeción de la legislación a una revisión más estricta, indicó que ello era posible si se encontraban en juego los derechos de "minorías discretas e insulares." Es decir, se avala un control más intensivo y, por ende, la posibilidad más próxima de declarar la inconstitucionalidad de la ley, si esta medida se emplea excepcionalmente como garantía de los derechos de grupos minoritarios e infrarrepresentados en el proceso político frente a las mayorías parlamentarias. Para una profundización en esta doctrina y una propuesta de relectura en torno a la misma, ver: POWELL, Lewis. "Carolene Products revisited". *Columbia Law Review,* vol. 82, N° 6, 1982, pp. 1087-1092.

[255] Para un tratamiento más detenido de estos desarrollos científicos, ver por todos: ACKERMAN, Bruce. *The decline and fall of the American Republic*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2013, p. 75.

[256] FRIEDMAN, Barry. "Mediated Popular Constitutionalism". *Michigan Law Review,* vol. 101, 2003, p. 2596.

Fundamental por la vía judicial, y, por otro, a los partidarios de que la Constitución sea leída por los tribunales en clave dinámica, buscando en sus preceptos la respuesta a problemáticas actuales, incluso a pesar de que éstas hubieran sido imposibles de prever por sus redactores ("Constitución viviente")[257].

Todo lo anterior debe entenderse en un contexto social, en el que la Constitución ocupa un lugar preeminente y en el que su interpretación no se considera patrimonio exclusivo de los juristas. Por el contrario, la hermenéutica constitucional, se concibe como un proceso deliberativo que se canaliza a través de un enfrentamiento adversarial entre posiciones encontradas, ante los tribunales de justicia. En dicho sistema, tales disputas, si bien pueden alcanzar, en un determinado momento, una resolución en la sentencia que se pronuncie sobre el conflicto respectivo, no se agotan por la expedición de ésta[258]. Prueba de ello es lo ocurrido recientemente, a propósito del debate sobre el derecho fundamental al aborto, en que diferentes posturas jurídicas se han enfrentado desde la década de 1960. La sentencia del caso *"Roe v. Wade"* (1973) zanjó el debate, sin cerrarlo definitivamente, al punto de que éste fue reabierto y resuelto nuevamente, esta vez en favor de la posición contraria, en el fallo de *"Dobbs v. Jackson Women's Health Organization"* (2022)[259].

Más allá de la metodología empleada por los hermeneutas, sean ciudadanos o magistrados, lo verdaderamente importante en el ordenamiento norteamericano, es que los pronunciamientos judiciales rara vez clausuran el debate sobre el significado de la Constitución y sólo tienen la aptitud de cristalizar una determinada interpretación, la que podrá mantenerse en pie o ser derribada, dependiendo de si las condiciones sociales, políticas y jurídicas que la sostienen se mantienen vigentes o varían sustancialmente.

[257] La expresión "Constitución viviente" fue acuñada por el cientista político Howard Lee McBain, en su libro homónimo de 1927, para designar esta doctrina. Tal denominación se emplea hasta el día de hoy, junto con la de "organicismo", destacándose Bruce Ackerman como uno de sus principales precursores y el fallecido Juez Asociado de la Corte Suprema, Antonin Scalia, como uno de sus más tenaces detractores. Para una interesante perspectiva de este debate, que resume las posiciones de los juristas antes mencionados, ver: ACKERMAN, Bruce. "The living Constitution". *Harvard Law Review*, vol. 120, N° 7, 2007, pp. 1737-1812.

[258] Para un desarrollo más acabado de esta idea, ver: ARÉVALO RAMÍREZ y GARCÍA LÓPEZ. Ob. Cit., pp. 393-430.

[259] Ver más sobre este interesante tópico en: COHEN, David; DONLEY, Greer y REBOUCHÉ, Rachel. "The new abortion battleground". *Columbia Law Review*, vol. 123, N° 1, 2023, pp. 1-100.

2.1.2. Modelo de justicia constitucional concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano

2.1.2.1. Orígenes del modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano

2.1.2.1.1. Antecedentes del modelo austríaco-kelseniano

Este modelo se configuró según los postulados de HANS KELSEN y su rasgo característico es la creación de un órgano jurisdiccional *ad hoc* para revisar la constitucionalidad de las normas legales[260].

Anteriormente, la Ley Fundamental de 1867, vigente en tiempos del Imperio Austrohúngaro, ya establecía la sujeción a control jurídico de las normas administrativas, las cuales podían ser impugnadas mediante el instituto de la *Beschwerde*, con el fin de resguardar los derechos de los gobernados. Ello resultaba altamente avanzado, principalmente debido al contexto monárquico en que surgió la referida Carta[261]. Respecto de la sujeción a control de las normas de origen legislativo, nada se estatuía en la precitada Constitución.

Por otro lado, desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, en Alemania comenzaron a circular las propuestas de la doctrina de la "comunidad del pueblo" , que era la expresión jurídica de la corriente romántico-nacionalista alemana del Volkgeist (espíritu del pueblo) y, también, algunas ideas de la "Escuela Libre" del derecho alemán, las que, desde distintas aproximaciones y con diversos fundamentos, propugnaban que los jueces pudieran ejercer una suerte de control difuso sobre las leyes, inaplicándolas en base a criterios mayormente extrajurídicos[262]. A pesar de que estas posiciones se originaron en Alemania, prontamente resonaron con fuerza en los foros jurídicos

[260] En su obra "La garantía jurisdiccional de la Constitución", Kelsen argumenta sobre la necesidad de que el control de constitucionalidad sea realizado por tribunales, lo que, a la luz del modelo difuso norteamericano, no resultaba completamente novedoso. El más importante aporte estriba en la necesidad de que dicho órgano fuera autónomo y no sólo independiente del legislativo, sino también "de toda otra autoridad estatal", dada la importancia de tan alta tarea. KELSEN, Ob. Cit., 2001, p. 52.

[261] Para un análisis más acabado de esta institución y su influencia en los posteriores institutos protectores de derechos fundamentales, ver: CAPPELLETTI, Ob. Cit., pp. 71-82.

[262] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional". *Revista de las Cortes Generales,* vol. 84, 2011c, 14-16.

germanoparlantes del entorno cercano y llegaron a ser conocidas en algunas comunidades jurídicas de otras naciones europeas, también.

Los mencionados movimientos generaron preocupación en diversos juristas, principalmente ante una posible exacerbación del protagonismo de los jueces y una consecuente traslación, en el terreno de los hechos, de la función modeladora del ordenamiento jurídico desde los órganos electos a los tribunales. Esto, entre otras fuentes, queda evidenciado en la obra del jurista francés EDOUARD LAMBERT, quien, durante esos años, advirtió sobre los peligros que podría acarrear el denominado "gobierno de los jueces"[263]. Por lo anterior, la obra de KELSEN está enraizada en los más vivos debates de su época y surge como una respuesta frente a tales estímulos.

La teoría del control de constitucionalidad propuesta por el jurista vienés, da cuenta de dos propósitos que éste juzga impostergables: primero, reforzar la autoridad parlamentaria frente al Poder Judicial, conjunto orgánico que, además, en dicho lugar y tiempo, se mostraba como altamente reaccionario, con un débil compromiso democrático y escasamente calificado para ejercer este tipo de revisión[264]; y, segundo, ampliar los espacios de decisión estatal afectos a control jurídico, incluyendo los productos del legislativo[265].

Esta ideación se plasmará en un texto con pretensión de obligatoriedad, por primera vez, en la Constitución provisional de 1919, redactada por la Asamblea provisional austríaca, en que se instaurará un Tribunal Constitucional y se le otorgará la crucial atribución de conocer de los recursos interpuestos por los parlamentos de las entidades federativas, por causa de inconstitucionalidad. Este órgano reaparecerá, de manera definitiva, en la Constitución federal de 1920 y se erigirá en el supremo intérprete de la Carta austríaca[266].

---

[263] Edouard Lambert alertaba, ya en 1921 y a la luz del sistema estadounidense, el desequilibrio de poderes que generaba el control de constitucionalidad, en desmedro de los órganos electos y en beneficio de la rama judicial. Ver más en: LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 21-35.

[264] HERRERA, Carlos-Miguel. "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, vol. 86, 1994, pp. 204-205.

[265] Kelsen reflexiona sobre el carácter perentorio del control de constitucionalidad para el funcionamiento regular del ordenamiento jurídico y, también, del sistema político. En su obra no sólo aboga por sujetar las "leyes" a control, sino toda norma con fuerza y rango de ley, así como también los reglamentos que deriven de éstas. Ver más en: KELSEN. Ob. Cit., 2001, pp. 51-72.

[266] HORN, Hans-Rudolf. "Jueces versus diputados: sistemas americano y austríaco de la revisión judicial". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 6, pp. 231-232. También: HERRERA, Ob. Cit., pp. 206-207.

Al configurar el Tribunal Constitucional, Kelsen debió seguir el encargo del Canciller Renner, haciendo convivir la tradición y el futuro, razón por la que dicho órgano heredaría gran parte de las funciones del Tribunal del Imperio, pero organizado según la visión de su autor, como un ente autónomo, externo al Poder Judicial y con funciones para el control de constitucionalidad de las leyes[267].

2.1.2.1.2. La polémica Schmitt-Kelsen

En los albores de la justicia constitucional europea, se suscitó la interesante polémica entre HANS KELSEN y CARL SCHMITT en torno al "guardián de la Constitución", en la que ambos académicos sostuvieron visiones contrapuestas respecto del órgano idóneo para cumplir la misión de salvaguardar la democracia y el sistema constitucional.

Mientras para KELSEN, debía tratarse de un órgano técnico y de naturaleza jurisdiccional[268], para SCHMITT, lo natural era que el guardián de la Constitución fuera un órgano de naturaleza política, pero neutral, descripción en que calzaba, conforme al orden constitucional alemán en vigor, el Presidente del Reich[269].

Dicho debate tuvo como telón de fondo la República de Weimar y pretendía, en último término, encontrar fórmulas para la preservación del feble modelo democrático establecido en la Carta alemana de 1919, cometido que no pudo alcanzar[270], pues poco después se produciría el ascenso al poder del nacionalsocialismo, con las desastrosas consecuencias por todos conocidas.

A pesar de ello, el debate antes referido ayudó a perfilar las tesis de KELSEN sobre la jurisdicción constitucional. Al mismo tiempo, el aporte de SCHMITT, posibilitó trazar con mayor nitidez la distinción entre asuntos políticos y jurídicos. En efecto, uno de los muchos aportes schmittianos consistió en poner de relieve la naturaleza dual del orden constitucional, al mostrar la compenetración que éste exhibe entre normatividad y política. Por otra parte, la escisión que dicho autor formula entre los conceptos de "constitución" y "ley constitucional", repara en la existencia de dos ordenaciones vinculadas entre sí, pero diferenciadas: la primera, de tipo político y la otra, de orden

[267] HERRERA GARCÍA, Alfonso. "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2011, pp. 13-14

[268] HERRERA. Ob. Cit., pp. 206, 217 y 222.

[269] Ibídem, p. 213.

[270] VITA, Leticia. "¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932". *Lecciones y Ensayos*, vol. 99, 2017, p. 160.

jurídico[271]. Otro tanto hizo con las nociones de "litigios constitucionales" y "dudas u opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales", con las que éste pretendió diferenciar las discrepancias entre órganos públicos en dos variantes[272], dependiendo de si éstas entrañan definiciones sobre el modo y forma de existencia de la unidad política o, por el contrario, buscan únicamente subsumir, actualizar o interpretar preceptos constitucionales.

Las proposiciones conceptuales enarboladas a raíz de esta polémica han constituido un crucial aporte a la comprensión de la jurisdicción constitucional y, precisamente por ello, mantienen su vigencia teórica hasta nuestros días.

2.1.2.2. Características del modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano

En cuanto a su caracterización, el modelo kelseniano, en su diseño original, suponía que el órgano de jurisdicción constitucional debía limitarse a la confrontación abstracta de dos normas jurídicas, "dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de operaciones lógico-silogísticas"[273], arreglo institucional que buscaba, ante todo, una verificación formal o competencial[274].

Lo anterior se debía a la mayor resistencia que suscitaba la idea de controlar el contenido de las leyes, dado que las posturas favorables a esta iniciativa, se encontraban mayoritariamente emparentadas con las corrientes de la "Escuela Libre" y de la "Comunidad del pueblo" a las que se ha hecho referencia anteriormente. Adicionalmente, habían surgido posiciones más contemporáneas, que, tergiversando el alcance de los postulados de ERICH KAUFMANN, pretendían incardinar, a través de la cláusula constitucional de igualdad ante la ley, un permiso para que los jueces desoyeran la

[271] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, pp. 44-45 y Herrera. Ob. Cit., p. 203.
[272] Ibídem, pp. 203-204.
[273] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2011c, pp. 45-46.
[274] Esta idea no debe malinterpretarse, en el sentido de que Kelsen propusiera únicamente un control de constitucionalidad procedimental o formal, pues dicho autor también consideraba la inconstitucionalidad material como un vicio posible. En tal caso, sin embargo, la discrepancia entre el contenido de la norma legal y la constitucional debía ser patente. La declaración de inconstitucionalidad sustantiva difícilmente podía fundarse en normas abiertas, pues, en la obra kelseniana, ello implicaba autorizar a un colegio de jueces para hacer prevalecer sus convicciones por sobre las de la población o sus representantes electos. Toda inconstitucionalidad de fondo es, también, en esta teoría, una de forma, pues significa que el legislador operó un cambio en un sentido contrario a la Constitución vigente sin seguir el procedimiento de reforma. KELSEN. Ob. Cit, 2001, pp. 23-24 y 80-81.

legislación, inaplicándola en caso de existir consideraciones de justicia, bondad o de la "naturaleza de las cosas", que así lo aconsejaran[275]. Por ello, el control sustantivo de las leyes tardaría en instalarse como una necesidad en el modelo concentrado o autónomo.

Por otro lado, en cuanto a su funcionamiento, en la concepción original del modelo austríaco-kelseniano, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley debía incoarse por vía principal, es decir, a través de un requerimiento cuya pretensión precisa fuera tal declaratoria[276]. Lo anterior, en vista de que este modelo fue previsto, ya en su diseño, para custodiar la pureza del ordenamiento y preservar el respeto de las competencias normativas.

Además, en concordancia con su configuración, en este modelo, el contraste realizado por el Tribunal Constitucional entre el precepto impugnado y la norma constitucional es de tipo abstracto[277]. Correlativamente, los efectos de la sentencia que se dicte serán generales o *erga omnes* y, en caso de que el resultado de dicha verificación sea la incompatibilidad de la ley con la Constitución, ésta se entenderá derogada del ordenamiento jurídico[278], declaración llamada a producir efectos *ex nunc* o irretroactivos, por razones de seguridad jurídica[279]. Esto último, con la salvedad hecha por HORN, quien, rescatando un punto considerado por Kelsen, recuerda que el efecto *ex nunc* debe afectar a todos, menos al interesado que requirió la declaración de inconstitucionalidad, para quien ésta debe operar siempre retroactivamente (*ex tunc*), en función de concederle la ventaja buscada mediante su solicitud[280].

La eficacia erga omnes de las sentencias de inconstitucionalidad en el modelo concentrado, trajo aparejado el efecto que KELSEN denominó "legislador negativo" y que se relaciona con el alcance general de las decisiones del Tribunal Constitucional, rasgo que comparte con las normas emanadas del poder legislativo y que, a su vez, contrasta con la eficacia particular de las resoluciones dictadas por la justicia ordinaria[281]. En base

[275] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2011c, pp. 13-16.
[276] MEZZETTI. Ob. Cit., p. 283; HORN. Ob. Cit., 232; y HERRERA. Ob. Cit., pp. 206-207.
[277] MEZZETTI. Ob. Cit., p. 283; y HORN. Ob. Cit., pp. 232 y 235.
[278] HORN. Ob. Cit., p. 233; y HERRERA. Ob. Cit., pp. 205-206.
[279] Respecto de este punto, Kelsen indica que la sentencia produce efecto "constitutivo". KELSEN. Ob. Cit., 2001, pp. 41 y 86. Por su parte, Horn destaca que tal rasgo constituye una importante diferencia con el modelo norteamericano, en el que la declaración de inconstitucionalidad produce efectos meramente declarativos. HORN. Ob. Cit., p. 232.
[280] Ibídem, p. 233.
[281] En "La garantía jurisdiccional de la Constitución", Kelsen emplea esta idea ("legislador negativo" y confección "con signo negativo" de una ley) para explicar que, a pesar de que la resolución de la jurisdicción constitucional es de alcance general, del mismo modo que lo es una decisión legislativa, esta última representa una tarea creadora y que se ejerce con un alto grado de libertad, a diferencia de la primera. KELSEN. Ob. Cit., 2001, pp. 54-56.

a ello, Kelsen afirmó que la función de controlar la constitucionalidad de las leyes excede lo meramente jurisdiccional, en su sentido clásico.

A pesar de la amplitud de alcance de sus decisiones, el jurista austríaco reconoce que el poder del Tribunal Constitucional es incomparablemente menor al del legislador, pues aquél se encuentra circunscrito a verificar la adecuación constitucional del procedimiento de creación normativa, mientras que el de éste resulta virtualmente ilimitado en cuanto al contenido de las normas que elabora[282]. Hoy, a pesar de que el control de constitucionalidad incluye el examen del contenido de las normas legales, el poder del legislador negativo sigue siendo teóricamente inferior al del legislador democrático, a pesar de que, en la práctica, algunos casos excepcionales, han probado que el Guardián de la Constitución puede extralimitarse y acabar imponiendo su propia agenda, según se dirá más adelante.

2.1.2.3. Desafíos surgidos en el seno del modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano

El modelo autónomo de justicia constitucional enfrenta dos desafíos íntimamente relacionados entre sí. El primero, dice relación con la estricta separación funcional entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que resultaba perfectamente posible antes del advenimiento pleno del Estado Constitucional de Derecho, pero insostenible, en su versión original, luego de éste. El segundo, dice relación con la reorientación de la jurisdicción constitucional, desde una vocación preservadora de las competencias atributivas de los diferentes órganos estatales -especialmente, de aquellos con potestades normativas- hacia una misión centrada en la protección de los derechos fundamentales, con las implicancias sustantivas y procesales que ello conlleva.

A diferencia del modelo difuso, el concentrado no tuvo, en sus orígenes, una vocación tutelar de los derechos fundamentales[283]. Antes bien, su intención era instaurar una repartición que oficiara como árbitro en las disputas atributivas entre órganos con potestades normativas. En el caso de la Austria de la primera posguerra, que fue el ordenamiento modélico en la materia, la jurisdicción constitucional resultó clave para ir delineando los ámbitos competenciales locales y federativos[284]. En virtud de que esta fue

[282] HERRERA. Ob. Cit., p. 206.
[283] MEZZETTI. Ob. Cit., p. 283.
[284] HERRERA. Ob. Cit., pp. 206-207.

la versión de la justicia constitucional que influenció a la mayoría de los ordenamientos de Europa, en dicho continente los derechos fundamentales se irán abriendo camino en importancia, hasta colonizar el quehacer de los Tribunales Constitucionales existentes, sólo después de ambas Guerras Mundiales y serán la razón medular para la instauración de estos órganos allí donde no existían.

Como herencia genética, los modelos concentrados tenderán a identificar la noción de jurisdicción constitucional con la labor desplegada por el respectivo Tribunal Constitucional, prevaleciendo allí una concepción formal y esencialmente orgánica. Ello responde, como explica el profesor MANUEL ARAGÓN, a que, en su versión primitiva, el modelo austríaco-kelseniano concibió "dos jurisdicciones separadas por el derecho que aplican, una, la constitucional, que aplicaría exclusiva y excluyentemente la constitución, y otra, la ordinaria, que solo podría aplicar las leyes" [285].

La separación orgánica entre jurisdicciones, fundada en los distintos parámetros a emplear por una y otra, vino a resquebrajarse con la asunción de la normatividad de las Constituciones y del efecto radiante de los derechos fundamentales, en virtud de los cuales la aplicación de las normas constitucionales dejó de ser patrimonio exclusivo de los Tribunales Constitucionales.

Lo anterior, desde una perspectiva material, significó un importante robustecimiento de los derechos fundamentales, pero desde una mirada procesal, se tradujo en que el antiguo esquema kelseniano quedó desdibujado hasta el punto de difuminarse las fronteras entre ambas jurisdicciones. En tal contexto, los esfuerzos realizados por los ordenamientos, en orden a reorganizar la relación entre la justicia constitucional y la ordinaria, evitando los conflictos competenciales entre ambas, no siempre han sido fructíferos

Por ello, uno de los grandes desafíos para los modelos de justicia constitucional concentrada es lograr armonizar los mecanismos de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, de modo tal que la protección que brinden el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional sea complementaria y no genere fricciones atributivas entre dichas magistraturas.

[285] Aragón añade que, en el esquema clásico, tales jurisdicciones se diferencian, además, por los "actos sometidos a control", pues la jurisdicción constitucional controla las leyes y la justicia ordinaria, "las demás normas y actos." ARAGÓN REYES, Manuel. "El futuro de la justicia constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, N° 1, 2019, p. 32.

Como añadido, existen sistemas en que la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales no sólo se presta a través de los procedimientos comunes de que ordinariamente conoce el Poder Judicial o del control de constitucionalidad de la ley ante el Tribunal Constitucional, sino que se han generado mecanismos de tutela directa. La existencia de tales cauces procesales, conocidos genéricamente bajo el nombre de "amparos", puede provocar un efecto distorsivo en la administración de justicia, pues, en virtud de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, derivada de su efecto radiante, es posible que tales mecanismos procesales adquieran una *vis atractiva* y permitan canalizar, por su intermedio y mediante una interpretación extensiva de tales derechos, asuntos que deberían ser abordados en otras sedes jurisdiccionales, ante sus jueces naturales. Al tratamiento de este fenómeno dedicaremos un apartado íntegro.

En síntesis, la dualidad de jurisdicciones que presentan los modelos concentrados exige que se formule un reparto de competencias claro entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial y, si además el sistema respectivo posee mecanismos de tutela extraordinaria, que se establezcan límites funcionales entre éstos y los remedios ordinarios. Todo ello, con el fin de propender a un trabajo coordinado y armónico entre todas las magistraturas, evitar las sobrecargas desmedidas de unas en pos de otras y prevenir los conflictos competenciales.

2.1.3. Hibridación o entrecruzamiento de modelos de jurisdicción constitucional

La necesidad de ampliar los mecanismos de control jurídico, fruto de la fuerte evolución que experimentó el constitucionalismo en el siglo XX, ha conducido a dar por mayormente superada la tradicional diada constituida por los modelos norteamericano y kelseniano.

Con el correr del tiempo y en aras de garantizar más eficazmente la supremacía de la Constitución, los Estados han ido ampliando sus mecanismos de control constitucional, lo que, en muchos casos, se ha traducido en la incorporación de elementos que resultan, en principio, ajenos al modelo respectivo. Así, es posible observar que muchos sistemas de justicia constitucional exhiben una combinación de institutos pertenecientes a ambos modelos clásicos.

A lo anterior debe añadirse que el surgimiento de una serie de instrumentos procesales propios de la llamada "jurisdicción constitucional de la libertad" (amparos),

ha desdibujado el mapa teórico antes presentado y ha representado un verdadero desafío -no en términos de su finalidad, sino de su operatoria- en la delimitación del concepto mismo de la justicia constitucional y del trazado de fronteras entre ésta y la justicia ordinaria; todo ello, según se explicará en el apartado respectivo.

Las transformaciones antes mencionadas han supuesto un considerable giro en el concepto mismo de la justicia constitucional. En efecto, no debe perderse de vista que, como señalara RUBIO LLORENTE, clásicamente dicho concepto designaba únicamente al control de constitucionalidad de la ley[286] y en esa línea, solían citarse, como referentes opuestos, los modelos norteamericano y europeo de justicia constitucional. Sin embargo, como agudamente observa el mismo autor, no es posible sostener la existencia de un solo modelo europeo, en vista de las enormes diferencias que presentan los distintos sistemas de jurisdicción constitucional dentro del mismo continente[287].

Adicionalmente, los modelos clásicos han ido experimentando una progresiva convergencia, originada en ajustes procesales que han venido a resolver dificultades operativas y, probablemente sin buscarlo, han provocado un acercamiento entre sistemas.

2.1.3.1. Transformaciones experimentadas por el modelo difuso, judicial o norteamericano

En el caso del modelo estadounidense, las reformas introducidas por la *Judiciary Act* de 1937 permitieron, entre otras cosas, que el *Attorney General* pudiera comparecer en todos procesos en que se cuestione la constitucionalidad de una ley federal. Además, la misma modificación legal, autorizó al Poder Ejecutivo para apelar las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma legal[288].

Ambas innovaciones reconocen implícitamente que la decisión sobre la constitucionalidad de una ley, excede el mero interés de las partes de un proceso judicial concreto y se alza como un asunto de interés público. Además, mediante tales ajustes normativos, se dificultó la declaración de inconstitucionalidad de las leyes federales, al

[286] RUBIO LLORENTE, Francisco. "Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe". *Annuaire international de justice constitutionnelle,* vol. 12, 1996, p. 12.
[287] Ibídem, pp. 11-12.
[288] CUSHMAN, Barry. "The Judicial Reforms of 1937". *William & Mary Law Review*, vol. 61, N° 4, 2020, p. 1047. Para una visión panorámica del convulso contexto de discusión y aprobación de esta reforma, se recomienda la lectura completa del artículo citado.

permitir que los referidos órganos públicos puedan intervenir en los procesos respectivos y oponerse dicho pronunciamiento[289].

Con estos dos ajustes procesales, el modelo norteamericano ha tomado cierta distancia con dos de sus ideas matrices: la fórmula de control concreto de la ley y la desconfianza en el legislador.

En torno a la primera, resulta evidente que la argumentación sobre la constitucionalidad de la ley que puedan verter los órganos federales, será de naturaleza abstracta y difícilmente discurrirá sobre las implicancias de la norma impugnada en los conflictos particulares que originaron tales procesos judiciales. De ese modo, va desdibujándose el carácter concreto que tradicionalmente se atribuye a la verificación practicada por los tribunales y, especialmente, por la Corte Suprema, en este modelo.

Sobre la segunda cuestión, el modelo que originalmente confiaba en la rama judicial para frenar los excesos del legislador, mediante las reformas anotadas, acaba fortaleciendo a este último. Ello, en la medida que dichas previsiones normativas tornan más resistentes los productos legislativos, de cara a la declaración de inconstitucionalidad que pudieran proferir los jueces.

Por otro lado, en concordancia con ambos rasgos del modelo original, se afirmaba que, en éste, los tribunales decidirían únicamente sobre la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, con mayor o menor alcance según la jerarquía del órgano que se pronunciara. Sin embargo, por efecto del precedente vinculante emanado de las decisiones expedidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, las normas censuradas de inconstitucionalidad pierden aplicación de modo general, por cualquier operador jurídico. Así, a pesar de no quedar formalmente derogadas, las normas declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema pierden toda eficacia hacia futuro, situación muy similar a lo que ocurre con declaración de inconstitucionalidad con eficacia derogatoria *ex nunc*, en los modelos concentrados[290].

Por último, la Corte Suprema en Estados Unidos (y también, en otros modelos difusos como, por ejemplo, el argentino[291]) ha ido centrando su quehacer en materias

[289] Esta es una observación realizada por el propio Kelsen. En tal sentido, ver: KELSEN. Ob. Cit., 1942, p. 194.
En el mismo sentido, y desde una perspectiva más actual, se pronuncia el profesor Francisco Fernández Segado, quien, para ilustrar este punto, incluye el comentario de la importante sentencia *United States v. Johnson*. 323 U.S. 273 (1944); 18 de diciembre de 1944. Al efecto, ver: FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2011c, pp. 42-44.
[290] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2005, p. 36.
[291] BAZÁN, Víctor. "¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?". *Cuestiones constitucionales*, vol. 20, 2009, pp. 3-63.

constitucionales, en desmedro de otros asuntos jurídicos, con lo cual ha ido adquiriendo progresivamente una mayor similitud con los Tribunales Constitucionales del modelo kelseniano[292].

2.1.3.2. Transformaciones experimentadas por el modelo concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano

Por otro lado, en el caso de los sistemas concentrados europeos, ha sido muy común la introducción de un control de constitucionalidad de la ley de tipo incidental o prejudicial, adicional a los mecanismos ya existentes por vía principal, elemento que resulta extraño a su configuración original

En virtud del control incidental o prejudicial, el juez ordinario que conoce de un negocio de su competencia, en caso de dudar sobre la constitucionalidad de una norma legal que deba aplicar, no resuelve dicho asunto por sí mismo, sino que eleva un requerimiento al Tribunal Constitucional para que tal magistratura lo decida[293].

Este control incidental o prejudicial, en los sistemas europeos de tradición kelseniana[294], se asemeja al que se ejerce en los ordenamientos de modelo difuso, aunque se diferencia de éste -como explica PIZZORUSSO- dado que, mientras en estos últimos el incidente ocurre dentro del mismo proceso ordinario, en los primeros existirán dos procesos diferentes (el ordinario y el constitucional) ligados por una relación de prejudicialidad[295]. Esta nueva vía de control, se ha expandido por un sinnúmero de sistemas jurídicos que poseen un Tribunal o Corte Constitucional.

Este instituto, también modifica la lógica del modelo concentrado, en el que existe, en teoría, un único órgano encargado de examinar la constitucionalidad de la ley: el Tribunal o Corte Constitucional. Ello, pues si el juez ordinario insta por un pronunciamiento incidental o prejudicial respecto de tal materia, significa que tal magistrado ya ha detectado una incompatibilidad entre la ley que debe aplicar y la Constitución. Así, como indica RUBIO LLORENTE, en tales hipótesis, el juez ordinario ya

[292] RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., pp. 16-23; HORN. Ob. Cit., pp. 240-241; y MEZZETTI. Ob. Cit., pp. 281-282.
[293] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2011c, pp. 44-45; y MEZZETTI. Ob. Cit., p. 284.
[294] Este último autor denomina a la modalidad de control prejudicial inserta en los modelos kelsenianos como "juicio concentrado-incidental." MEZZETTI. Ob. Cit., p. 287.
[295] PIZZORUSSO, Alessandro. "La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto". En: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.) *Fundamentos N° 4: La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2006, p. 243.

ha realizado un examen negativo, por provisorio que sea, sobre la constitucionalidad de la ley[296]. De tal manera, los Tribunales o Cortes Constitucionales respectivas, en los sistemas que reconocen este instituto, sólo ostentan el "monopolio del rechazo"[297] respecto de la cuestión de inconstitucionalidad, pues su sentencia estimatoria no sería otra cosa que una confirmación del primer escrutinio de inconstitucionalidad realizado por el juez ordinario.

Adicionalmente, la introducción de una fórmula de control incidental se ha traducido, en muchos sistemas, en que la sentencia dictada a raíz de éste produzca efectos *inter pares* o relativos. En ello, también se observa un claro alejamiento de la configuración clásica del modelo concentrado y un punto de convergencia con el difuso[298].

Por último, concordante con lo anterior, en la versión original del modelo concentrado, la detección de un vicio de constitucionalidad por el Tribunal o Corte Constitucional, dejaba como único camino la derogación, con efectos generales, del precepto legal en cuestión, comportándose, en tales casos, dicha magistratura sólo como un legislador negativo. No obstante, hoy en día, es posible apreciar una labor positiva desarrollada por los Tribunales Constitucionales de Europa y América Latina, mediante el recurso al criterio de la "interpretación conforme", el que permite mantener en vigor una norma *prima facie* inconstitucional, dotándola de un significado que tales órganos estimen compatible con la Constitución[299].

2.1.4. Una nueva tipología: institutos basados en la ley e institutos orientados a la protección de los derechos fundamentales

Como resultado del entrecruzamiento de modelos, es posible extraer dos conclusiones adicionales: una relativa al modelo predominante y otra, en torno al

[296] RUBIO LLORENTE, Francisco. "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa". *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 12, N° 35, 1992, pp. 24-26.
[297] Esa denominación aparece empleada, entre otros, por: GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 66; FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 18; y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007". *Estudios Constitucionales*, vol. 7, N ° 2, 2009, p. 84.
[298] RUBIO LLORENTE. Ob. Cit.,1996, pp. 16-23; HORN. Ob. Cit., pp. 240-241; y MEZZETTI. Ob. Cit., pp. 281-282.
[299] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2005, pp. 40-42.

rendimiento explicativo del binomio difuso-concentrado para explicar el control de constitucionalidad en la actualidad.

En relación al modelo de justicia constitucional predominante, autores como FERNÁNDEZ SEGADO[300], GARCÍA DE ENTERRÍA[301], PIZZORUSSO[302], MEZZETTI[303] o FAVOREU[304] están contestes en que, si bien el fenómeno de la hibridación ha supuesto un mutuo intercambio de elementos entre los modelos concentrado y difuso, es este último el que ha conservado la mayor parte de su andamiaje original casi inalterado. Lo anterior contrasta con el modelo concentrado, el que ha sufrido variaciones esenciales, algunas de las cuales han transformado los fundamentos en que descansaba su diseño primigenio. Por ello, el fenómeno de entrecruzamiento vendría de la mano con un posicionamiento del sistema norteamericano como el central.

Como segunda conclusión, en torno a la utilidad de la diada o binomio de modelos, debe tenerse presente que dicha distinción, al menos desde lo etimológico, estaba centrada en el número de órganos jurisdiccionales que ejercían el control de constitucionalidad de la ley: todos (difuso) o uno (concentrado). No obstante, a la luz de las transformaciones antes mencionadas, la diferencia más relevante no estriba hoy en la configuración orgánica de la justicia constitucional[305], sino en la diversa orientación de las funciones de salvaguardia de la supremacía constitucional que los órganos jurisdiccionales ejercen dentro del Estado. En otras palabras, ya no es tan importante determinar quién aplica la Constitución, como precisar en función de qué la aplica.

En tal sentido, se propone adaptar la tipología que elaborara RUBIO LLORENTE para dividir los modelos de justicia constitucional, pero empleándola, en su lugar, para clasificar las distintas funciones o mecanismos que la integran[306]. Tal adecuación es posible, pues, aunque fue formulada para designar a "modelos" de justicia constitucional,

[300] FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2011c, pp. 23-24
[301] GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CONDE, Eduardo. "Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 4, N° 10, 1984, pp. 42-45
[302] PIZZORUSSO. Ob. Cit., pp. 239-249.
[303] MEZZETTI. Ob. Cit., pp.289-291
[304] FAVOREU. Ob. Cit., pp.95-97.
[305] Sobre este asunto, se ha dicho que en algunos ordenamientos que carecen de Tribunal Constitucional, las Cortes Supremas se están comportando como si fueran uno, al ir asumiendo una competencia cada vez más constitucional en desmedro de las otras materias. Por su parte, la introducción de atribuciones de control constitucional que producen efectos *inter pares* acercaría a los Tribunales Constitucionales al funcionamiento de los tribunales del modelo difuso. Con ello, las diferencias orgánicas entre sistemas aparecen como aún menos relevantes hoy en día. Ver más en: RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., 1996, pp. 16-23; HORN. Ob. Cit., pp. 240-241; y MEZZETTI. Ob. Cit., pp. 281-282.
[306] Ver el esquema original en: RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., 1996, pp. 16-21.

el criterio diferenciador en la raíz de dicha tipología, es el propósito central buscado con el ejercicio del control, criterio que resulta igualmente útil para agrupar las distintas funciones o atribuciones conferidas a los órganos que cumplen dicha función.

Adaptando la antedicha taxonomía, resultaría posible distinguir entre los institutos de control constitucional basados en la ley y aquellos orientados a la protección de los derechos fundamentales[307].

Las funciones o institutos de control constitucional basados en la ley, normalmente son formulados en vía principal, poseen naturaleza abstracta[308] y tienen como finalidad principal "garantizar la división constitucional del poder y la depuración del ordenamiento"[309]. A su vez, siguiendo un criterio temporal, éstos pueden agruparse en: recursos previos y recursos represivos (o *a posteriori*), dependiendo de si pueden promoverse antes o después de la entrada en vigor de la ley. Adicionalmente, siguiendo un criterio territorial, pueden clasificarse en: recursos objetivos y recursos conflictuales, siendo los primeros, aquellos que se promueven entre órganos de un mismo nivel (o entre mayoría y minoría dentro de un mismo órgano) y los segundos, los que se traban entre las autoridades centrales y las del nivel subnacional (entidades regionales o "miembros" del Estado)[310].

Por otra parte, las funciones o institutos basados en la protección de derechos fundamentales tienen, en dicha tutela, su fundamento preciso, siendo la depuración del ordenamiento una finalidad meramente secundaria o derivada[311]. En esta categoría, se agrupan todas las vías que permiten el cuestionamiento de constitucionalidad de la ley por vía incidental o prejudicial[312], tal como las que exhiben los ordenamientos español y chileno, así como varios otros países de Europa e Hispanoamérica, todos herederos de esta modalidad de control de matriz estadounidense. Adicionalmente, y a pesar de que RUBIO LLORENTE elaboró originalmente esta tipología para clasificar los modelos de

[307] En vista de que Rubio Llorente clasifica sistemas y no instrumentos, su ejemplo de uno basado en la protección de derechos fundamentales es el norteamericano, cuyos orígenes se vinculan a dicha finalidad tuitiva. Sin embargo, en la realidad, dicho modelo no se caracterizó originalmente por su garantismo. De hecho, la primera sentencia de inconstitucionalidad de una ley (estatal) fue la del caso *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, de 16 de marzo de 1810 y la siguiente, dictada más de cuarenta años después, fue la del tristemente célebre caso de *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393, de 6 de marzo de 1857, en que se declaró inconstitucional la ley conocida como "Compromiso de Missouri".
[308] MEZZETTI. Ob. Cit., p. 283.
[309] RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., 1996, p. 18.
[310] Ibídem, p. 20.
[311] Por tal razón, Rubio Llorente señala que estos mecanismos se ubican "a medio camino" de ambas clasificaciones, en realidad cabe considerarlas como orientadas a la protección de derechos fundamentales, que es su finalidad esencial. Rubio Llorente (1996) 22.
[312] RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., 1996, p. 21 y MEZZETTI. Ob. Cit., pp. 83-84.

control de constitucionalidad de la ley, dada la amplitud con que la hemos planteado y que en ella hemos incluido a todos los institutos propios de la justicia constitucional, entre las funciones o institutos basados en la protección de derechos fundamentales cabe contar, también, a todos aquellos instrumentos diseñados para la tutela directa de derechos fundamentales (amparos).

Lo realmente trascendente, a la luz de lo expuesto, es la constatación de una transformación en la arquitectura clásica de la justicia constitucional. Ésta se evidencia con mayor fuerza en los sistemas jurisdiccionales duales, pues, en ellos, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, no se basa en un esquema centralizado o jerarquizado, sino colaborativo entre el Tribunal o Corte Constitucional y el Poder Judicial.

En los sistemas jurisdiccionales duales, la justicia ordinaria ha devenido en el primer garante de tales derechos y el órgano constitucional autónomo, por regla general, actúa sólo cuando es invocado por ésta, como en el caso del control incidental, o cuando la primera no ha satisfecho su adecuadamente tal cometido, si se trata del recurso de amparo contra sentencias u otro similar.

Por otra parte, la reorientación del derecho, en general y del derecho constitucional, en particular, hacia los derechos fundamentales, ha traído consigo un correlativo auge de la jurisdicción constitucional de la libertad. Ello ha generado, en distintas latitudes, un nivel no despreciable de sobrecarga en las agendas jurisdiccionales de los órganos que cumplen funciones orientadas hacia la protección de tales derechos.

Por lo anterior, si bien el advenimiento de los amparos es un fenómeno relativamente reciente, aquellos ordenamientos que los poseen, han sufrido un crecimiento exponencial en su utilización. Este asunto, al mismo tiempo, ha representado el punto de partida de complejos problemas en la administración de la carga de trabajo de los tribunales y, más en profundidad, en la articulación competencial entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. A la indagación de tal fenómeno y la exploración de posibles soluciones, se abocarán las siguientes páginas

2.2. La garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, implica la articulación de mecanismos que permitan a éstos, en tanto atributos de sus titulares, ser efectivos, realizables y defendibles frente a cualquier agresión. Como

se dijo anteriormente, citando a FERRAJOLI, sin garantía, los derechos proclamados constitucionalmente no son más que "derechos de papel"[313]. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales es, para sus titulares, la garantía por excelencia.

2.2.1. Antecedentes históricos de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales

La mayoría de los ordenamientos de Europa y América presentaba, ya en el siglo XIX, alguna forma de tutela jurisdiccional reforzada de la libertad personal, a través del hábeas corpus u otro instituto derivado de éste[314]. En contraste, el resto de los derechos fundamentales carecía de instrumentos protectores de similar naturaleza y su salvaguardia era considerada, ante todo, una tarea propia del poder político[315]. Dicho en la nomenclatura acuñada por GIANCARLO ROLLA, los remedios o garantías generales (como la acción de protección chilena o el recurso de amparo español) advinieron con posterioridad a las sectoriales (especialmente, al hábeas corpus)[316].

Antes del siglo XX, en Europa y América Latina hubo escasos intentos por establecer mecanismos de tutela jurisdiccional directa de los derechos fundamentales. De ese reducido número, las experiencias exitosas son aún menores. Así, descontando la libertad personal, cuya importancia ideológica y práctica en el auge del liberalismo, contribuyó a dotarla de mecanismos procesales adecuados para su amparo, los restantes derechos no encontrarían cauces de tutela, de naturaleza similar, sino hasta después de las Guerras Mundiales.

---

[313] FERRAJOLI. Ob. Cit., pp. 61-62

[314] En Inglaterra, el famoso *Bill de Hábeas Corpus* de Inglaterra data de 1679, a pesar de hundir sus raíces en instituciones más antiguas. En el ordenamiento estadounidense se trata de una figura preconstitucional, como ya se ha indicado anteriormente. En América Latina tuvo un importante desarrollo, a mediados del siglo XIX. Sobre este punto, ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Los orígenes del hábeas corpus". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 31, 1973, pp. 48-59.

[315] En relación con este tema, Pérez Royo afirma que en el primer constitucionalismo "a lo más que se llegaría es a la afirmación abstracta de los derechos fundamentales." PÉREZ ROYO, Javier. "Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 12, 1992, p. 236.

[316] Las primeras amparan un plexo amplio de derechos fundamentales y las segundas, uno o más en específico. Ver más en: ROLLA. Ob. Cit., p. 70.

2.2.1.1. Antecedentes europeos de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales

En el contexto europeo, los más importantes antecedentes para el establecimiento de remedios procesales de tutela directa de derechos fundamentales son: el fallido intento de la llamada "Constitución de la iglesia de San Pablo" (Alemania), el remedio mixto de la Constitución suiza de 1848, la queja constitucional de la Constitución austríaca de 1867, la queja constitucional de la Constitución suiza de 1874, la queja constitucional austríaca de 1920 y el recurso de amparo creado por la Constitución de 1931, en la II República Española. Sin perjuicio de que tales instrumentos serán analizados, con mayor detalle, en el capítulo relativo al sistema español de amparo, al abordar su origen e influencias, de todos modos, resulta importante hacer mención de algunas de sus características más elementales, lo que permitirá caracterizar la jurisdicción constitucional de la libertad europea, en sus albores y contrastarla con los rasgos que ésta presenta en la actualidad.

La denominada Constitución de la iglesia de San Pablo (*Paulskirche*), aprobada el 28 de marzo de 1849, por la Asamblea Nacional reunida en el citado templo, en Fráncfort del Meno, plasmó los principios de la revolución alemana de 1848-1849. Una de las más trascendentes innovaciones de ese proyecto constitucional, según FALLER, fue la inclusión de un mecanismo de queja individual, ante el Tribunal del Imperio, por la violación de los derechos fundamentales garantidos en la misma[317]. Sin embargo, tras el fracaso de la mentada revolución, los preceptos de su Constitución jamás entraron en vigor, con lo que el instituto tuitivo contenido en ella no pasó de un mero proyecto. Éste sería rescatado, únicamente después de transcurridos algo más de cien años, cuando se introdujo la *Verfassungsbeschwerde*, recurso de amparo o queja constitucional en la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en 1951 y recibiría consagración constitucional en 1969, con las reformas introducidas a la Ley Fundamental de Bonn.

Por su parte, la Constitución suiza de 1848 incorporó, también, un *staatsrechtliche Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional, por el que los afectados en sus derechos fundamentales podían reclamar frente a la Asamblea Federal, ente que decidía si el caso ameritaba ser judicializado o no. Se trataba así, de un instrumento mixto, en que

[317] FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania". *Revista de Estudios Políticos*, vol. 7, 1979, pp. 48-49.

la tutela jurisdiccional dependía de la voluntad política[318]. En la Carta de 1874, Suiza mantuvo la institución, eliminando el antejuicio político como condición de su ejercicio y permitiendo el acceso directo a la judicatura, con la restricción de que las conductas lesivas denunciadas deberían provenir de los órganos públicos del nivel cantonal y no del federal[319]. La apertura hacia mayores y nuevas formas de control respecto del poder federal, en función de proteger los derechos fundamentales, todavía se revelaba como un punto que suscitaba vivas controversias, tanto durante el establecimiento de la Constitución helvética actual, en 1999, como al introducírsele reformas, en 2002[320].

Respecto de la Constitución Austrohúngara de 1867, ésta preveía igualmente una *Beschwerde* como instrumento tutelar de los derechos fundamentales. Dicho dispositivo, sin embargo, únicamente tenía como objeto cuestionar, ante el Tribunal del Reich, las decisiones de la autoridad administrativa cuando se hubieren agotado todas las reclamaciones previas disponibles y la lesión de derechos no hubiere sido subsanada[321]. Es decir, se trataba de un instrumento subsidiario y de naturaleza esencialmente contencioso-administrativa. Dicho instituto -según ya se dijo- fue rescatado por HANS KELSEN e incorporado a la Constitución de 1920, como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional que, como gran novedad, estatuía esa Carta.

Además de las anteriores, la Constitución española de 1931 fue pionera al incorporar un "derecho de amparo"[322] de las garantías proclamadas en ella, ante los Tribunales de Urgencia y un "recurso de amparo" ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando la reclamación formulada ante otras autoridades respecto a la lesión de derechos fundamentales "hubiere sido ineficaz"[323]. De lo anterior se aprecia el establecimiento de un sistema de doble amparo ya en 1931[324], régimen que poseía dos

[318] Como indica Cruz Villalón, el suizo de 1848 era un modelo con "mínimos elementos de judicialización". CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1987, p. 49.
[319] Ibídem, p. 50.
[320] Para una explicación más profunda de las razones histórico-políticas detrás de este fenómeno, se sugiere ver: KOLLER, Heinrich y BIAGNNI, Giovanni. "La nueva Constitución Federal Suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos destacados". *Teoría y Realidad Constitucional,* vols. 10-11, 2002, pp. 611-634.
[321] Para mayores detalles sobre el funcionamiento de esta vía procesal y sus limitaciones, ver: CAPPELLETTI. Ob. Cit., pp. 71-82.
[322] Constitución española de 1931. Artículo 105. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf (27 junio, 2022)
[323] Constitución española de 1931. Artículo 121 b.. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf (27 junio, 2022)
[324] OLIVER ARAUJO, Joan. "El recurso de amparo en la Segunda República Española (1931-1936) y la posterior Guerra Civil (1936-1939)". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* vol. 14, 2010, p. 335.

dispositivos procesales para ser activados en momentos diversos, frente a distintas hipótesis y ante órganos diferenciados, siendo el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías, un remedio de *última* o *extrema ratio*. A pesar de su avanzado diseño, el modelo de amparo antes descrito sólo tuvo existencia teórica, pues el legislador jamás creó los Tribunales de Urgencia. Además, dado el contexto de inestabilidad política, la parte que sí estaba operativa, esto es, el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, tuvo corta vida, pues el referido órgano enfrentó enormes dificultades para sesionar con regularidad durante la Guerra Civil, lo que se extendió hasta el cese de sus sesiones, acaecido en enero de 1939[325].

Adicionalmente, es común encontrar enumerado, entre los precursores de los instrumentos procesales de defensa de los derechos fundamentales en Europa, el remedio judicial previsto por la denominada "Constitución de Bamberg" (o del Estado Libre de Baviera), documento del año 1919, que permitía recurrir frente a los actos de autoridades judiciales o administrativas que hubiesen lesionado derechos subjetivos, previstos en las normas constitucionales o legales, federales o estaduales y que hubieren irrogado perjuicio efectivo, con inobservancia de normas constitucionales objetivas[326]. No obstante, de la sola lectura de sus rasgos esenciales, aparece con claridad que el descrito, por su genérico objeto, no encuadra a cabalidad entre los instrumentos específicamente concebidos para la tutela de derechos fundamentales.

2.2.1.2. Antecedentes latinoamericanos de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales

En América Latina, México constituye el caso emblemático y su influencia, en esta materia, se ha dejado sentir globalmente. El modelamiento del juicio de amparo, suele atribuirse a los juristas Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, y su difusión en España, a Rodolfo Reyes[327]. Dicho instrumento surgió primero en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y luego, a nivel federal, se consagró en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847. Posteriormente, se plasmó en la Constitución de 1857, pasando

[325] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/paginas/tribunal-de-garantias-constitucionales.aspx (29 junio, 2022)
[326] CAPPELLETTI. Ob. Cit., pp. 87-92.
[327] OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., p. 326.

por las Leyes Orgánicas de Amparo de 1861 y 1869, hasta su tratamiento en la Constitución de 1917, actualmente vigente en dicho país[328]. Entre sus influencias se encuentra el derecho castellano, el indiano y el norteamericano[329].

Este dispositivo, se ha caracterizado por ser uno de revisión amplísima, que recae sobre los actos del poder público, tanto del nivel federal como estatal, y cuya vocación es garantizar directamente los derechos fundamentales frente a cualquier tipo de agravios[330].

Por otro lado, en el contexto iberoamericano, resulta interesante la experiencia brasileña, pues ya en 1934, dicho ordenamiento consagraba la existencia de una institución tutelar de los derechos fundamentales, denominada *mandado de segurança*[331] (mandamiento de seguridad) cuya finalidad precisa era la protección de los derechos fundamentales y que nació bajo la influencia del amparo mexicano, como tempranamente reconoció la doctrina[332].

El *mandado de segurança*, a pesar de haberse originado en una Carta Fundamental de corta vida, fue mantenido y perfeccionado en las constituciones posteriores, hasta nuestros días. De acuerdo con su configuración y siguiendo una definición clásica en el medio brasileño, puede señalarse que éste es "el medio constitucional puesto a disposición de toda persona física o jurídica, órgano con capacidad procesal o universalidad reconocida por ley, para la protección del derecho individual o colectivo, líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, violado o amenazado de lesión, por acto de autoridad, independientemente de la categoría y funciones que se ejerzan"[333]. Como principal rasgo a destacar – y sobre el que se volverá más adelante- es que el carácter "líquido y cierto" de dicha acción, significa que el sustrato fáctico que la

[328] Para una detallada evolución del instituto, ver: MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. "Historia del juicio de amparo contra leyes: el amparo Vega". *Revista IUS*, vol. 13, N° 43, 2019, pp. 124-131. También, DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. "El juicio de amparo: origen y evolución hasta la constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) *El juicio de amparo en la Constitución mexicana de 1917: pasado, presente y futuro*. México: Universidad Autónoma de México, 2017, pp. 123-137.

[329] ARROYO MORENO, Jesús Ángel. "El origen del juicio de amparo". En: MORENO-BONETT, Margarita y GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio (coord.) *La génesis de los derechos humanos en México*. México: Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 46-57.

[330] HORN. Ob. Cit., pp. 229-231.

[331] Como se ha dicho, esta institución es típicamente brasileña y surgió conforme a las necesidades de ese ordenamiento. Con su creación, se frenó la expansión del hábeas corpus, que era la vía mediante la cual se había propuesto dar cobertura a los demás derechos fundamentales, en ausencia de una vía especial para tutelarlos. GONZAGA JAYME, Fernando y VIEIRA MAIA, Renata. "Análisis de la constitucionalidad de la legitimación de un partido político en la acción de mandato de seguridad". *Estudios Constitucionales,* vol. 11, N° 1, 2013, pp. 544-545.

[332] WALD, Arnold. "As origens do mandado de segurança". *Revista Do Serviço Público,* vol. 72, N° 3, 1956, pp. 360-375

[333] MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. Sao Paulo: Malheiros Editores, 1991, p. 22. (Traducción del autor).

motiva ha de poder acreditarse "con una prueba exclusivamente documental"[334]. Esta interesante regla procesal servirá de contrapunto, más adelante, para el análisis del modelo chileno de protección de derechos fundamentales.

2.2.2. La construcción de un concepto de amparo: sus elementos esenciales

Todas las experiencias antes referidas, tanto europeas como latinoamericanas, dan cuenta de un intento por establecer mecanismos de tutela directa de derechos fundamentales con anterioridad al siglo XX. A pesar de tratarse de un esfuerzo que tiene varias décadas, los institutos propios de la jurisdicción constitucional de la libertad carecen de una teoría general consolidada que pueda explicarlos sistemáticamente. Este vacío diferencia ostensiblemente a tal variante de la justicia constitucional con aquella orientada al control de constitucionalidad de la ley, la que sí cuenta con elementos conceptuales y clasificatorios que, entre otros, componen un núcleo de precomprensión básico.

Por tal razón, el presente trabajo ha asumido el desafío de sistematizar la dogmática existente, para proponer una definición y caracterización de los amparos. Asimismo, buscará construir criterios para la diferenciación y armonización de los amparos con otros remedios procesales, sean ordinarios o especiales. Todo lo anterior, con el propósito de que dicho constructo nos permita evaluar, más adelante, el funcionamiento de las jurisdicciones constitucionales de la libertad española y chilena, valorando posibles soluciones para las disfunciones de esta última.

Las diferentes propuestas doctrinales en la materia, han intentado caracterizar los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional de derechos fundamentales en base a diferentes criterios. Sintetizando tales posiciones, puede decirse que, entre los elementos esenciales que permiten reconocer a un determinado instituto procesal como un amparo de derechos fundamentales, suelen enumerarse los siguientes: la especificidad en su

[334] GONZAGA y VIEIRA. Ob. Cit., p. 545.

diseño procesal[335], sus sujetos procesales[336], el parámetro de control a aplicar[337] y su objeto procesal[338].

Por tal razón, se hace necesario revisar cada uno de tales elementos, en función de determinar si efectivamente resultan inherentes a la noción de amparo. Este examen será clave para esta investigación, al menos, por tres razones: primero, porque permitirá avanzar en la construcción de un concepto general de amparo y su caracterización, en base a sus elementos constitutivos; segundo, pues, al definir sus rasgos configuradores, facilitará discernir, en caso de dudas, si una determinada vía procesal calza o no en la categoría de los amparos; y, tercero, dado que posibilitará reconocer los institutos procesales que pueden englobarse dentro del sistema de jurisdicción constitucional de la libertad de los ordenamientos que serán objeto de comparación, para luego evaluar su funcionamiento.

---

[335] Ver, por todos: PIZZORUSSO, Alessandro. "Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos". *Revista Judicial de Costa Rica 118,* 2016b, pp. 12-16; FIX-ZAMUDIO, Héctor. "La teoría de Allan R. Brewer Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano". En CABALLERO ORTIZ, Jesús y ARISMENDI, Alfredo (coord.) *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 1132-1134; y RUIZ MIGUEL, Carlos. "Concept, genèse et évolution de l'amparo: le modèle espagnol". *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fundamentaux,* vol. 15, 2017, pp. 133-152.

[336] Ver, en representación de distintas posturas: GOMES CANOTILHO. Ob. Cit., pp. 1280-1281; BASTIDA, VILLAVERDE, REQUEJO et al. Ob. Cit., p. 193; y BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 77-82.

[337] Ver, por todos: SCHÖNDORF-HAUBOLD, Bettina. *El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza multinivel Alemania: El Tribunal Constitucional Federal*. Bruselas: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, pp. 40-41. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593504/EPRS_STU(2016)593504_ES.pdf. (fecha de visita: 07 de julio, 2023); STARCK, Christian. "Jurisdicción Constitucional y tribunales ordinarios". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 18, N° 53, 1998, pp. 17-19; WAHL, Rainer y WIELAND, Joachim. "La jurisdicción constitucional como un bien escaso: el acceso al el Bundesverfassungsgericht". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 17, N° 51, 1997, pp. 17-18; HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. "El Tribunal Constitucional Federal Alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 88, 2010, pp. 94-95; GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. Cit., pp. 42-45.

[338] Ver, al efecto: CARRILLO, Marc. "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". *Cuadernos de Derecho Público,* vol. 7, 1999, p. 160; GIMENO SENDRA, Vicente. "Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 2, N° 6, 1982, pp. 48-49 y FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Seminario sobre la acción de las autoridades nacionales en la protección de los derechos civiles y políticos". En: CARPIZO, Jorge; ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique; FIX-ZAMUDIO, Héctor et al. *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 46-47.

2.2.2.1. Primer elemento: especificidad del procedimiento como rasgo distintivo de un amparo

Como ya se ha señalado, la protección que debe brindarse a los derechos fundamentales, en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se extiende a todos los procesos judiciales y resulta imperativa para todos los órganos que ejercen jurisdicción. No obstante, la existencia de un mecanismo directo para la tutela de dichos atributos no resulta un rasgo presente en todos los ordenamientos, sino sólo en algunos.

Por lo anterior, se ha planteado que la diferencia entre un proceso judicial común que indirectamente brinde tutela a los derechos fundamentales con un verdadero amparo de éstos, radica en la especificidad del diseño procesal de este último. Dicho en otras palabras, un amparo no es simplemente un mecanismo que pueda proteger los derechos fundamentales, sino uno cuyo procedimiento ha sido configurado precisamente para colmar tal finalidad. Así, para que se esté frente al ejercicio de jurisdicción constitucional, se requiere -como indica PIZZORUSSO- que existan "reglas específicas de procedimiento"[339].

Respecto de dicho elemento, FIX-ZAMUDIO ha indicado que, en América Latina, tales reglas significan, en su sentido original, que el amparo debe tratarse de un "instrumento procesal sencillo y rápido para proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente"[340]. Esta caracterización, que sigue la clara influencia del amparo mexicano, configurado desde sus inicios con tales rasgos, ha permeado a la reglamentación internacional. En tal sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25 exige la existencia, en cada uno de los Estados parte de la misma, de un "recurso sencillo y rápido" o "efectivo"[341] contra actos que violen los derechos estatuidos en dicho instrumento internacional, así como en la Constitución o legislación domésticas. Por ello, siguiendo nuevamente a FIX-ZAMUDIO el amparo no es sino un "medio procesal específico"[342] para la defensa de los derechos fundamentales.

---

[339] PIZZORUSSO. Ob. Cit., p. 13.

[340] FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 2003, p. 1133.

[341] Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm (fecha de visita: 04 de julio, 2023)

[342] Fix-Zamudio distingue éstos de los remedios procesales indirectos, que tutelan una amplia gama de derechos, entre los que se cuentan los fundamentales, pero que no se limitan a éstos y de los instrumentos complementarios, que no fueron concebidos para amparar los derechos de la persona, pero sirven para reparar las consecuencias de su violación, como el juicio político o la responsabilidad patrimonial del Estado. Ver más en: FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 1983, pp. 46-47.

Por otra parte, CARLOS RUIZ MIGUEL ha propuesto definir el amparo como un "procedimiento judicial particular destinado a la protección de los derechos fundamentales"[343]. Dicha particularidad o especificidad, según el citado autor, puede entenderse en dos sentidos: por un lado, como una garantía judicial que ha sido concebida para ciertos derechos, excluyendo otros y como una garantía judicial iusfundamental determinada por la especialidad procesal, por otro. En esta segunda hipótesis, la especialidad puede traducirse, a su turno, en la existencia requisitos precisos para la admisibilidad del caso, en la fijación un plazo determinado y breve para su resolución o, también, en el reconocimiento de efectos específicos a la sentencia que se dicte[344].

En base a lo anterior puede afirmarse que las pretensiones de los titulares de derechos fundamentales afectados, quedan sujetos a una fórmula de enjuiciamiento de las que TARUFFO cataloga como "tutelas privilegiadas" o "diferenciadas", por medio de las cuales el ordenamiento "decide sustraer determinados bienes jurídicos, sujetos o grupos de sujetos al funcionamiento -a menudo ineficiente-de la ley procesal 'general'"[345].

En suma, los amparos, en su aspecto procedimental, presentan una regulación específica, particular y diferenciada de los remedios ordinarios o comunes, todo lo cual se compadece con la importancia de los bienes que son objeto de protección.

2.2.2.2. Segundo elemento: sujetos procesales en los amparos

Otro elemento que permitiría caracterizar a los amparos, según una visión clásica, serían los sujetos que intervienen en el proceso respectivo: un particular, como actor, y el Estado, como demandado. Esto no sería más que la extrapolación, al ámbito procesal, de la relación jurídica iusfundamental sustantiva, la que, en su concepción liberal o clásica, suponía sólo dos sujetos: el particular, titular de un derecho fundamental, en la calidad de sujeto activo y el Estado, como sujeto pasivo u obligado. No es de extrañar, por tanto, que originalmente, las partes en un proceso de amparo fueran siempre, y a todo evento, un particular afectado, como sujeto activo y el Estado, como sujeto pasivo.

No obstante, las transformaciones experimentadas por el constitucionalismo tras la segunda posguerra, trajeron consigo un paulatino, pero progresivo cambio en los sujetos de la relación material o sustantiva de derechos fundamentales.

[343] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., 2017, p. 133.
[344] IbÍdem, p. 134.
[345] TARUFFO, Michele. "Racionalidad y crisis de la ley procesal". *Revista Doxa*, vol. 22, 1999, p. 313.

El Estado ha sido considerado, desde siempre, en una relación ambivalente con los derechos fundamentales, dado que ostenta, a la vez, los roles de principal agresor de éstos, pero también de su más tenaz defensor. La tradición liberal clásica, claramente enfocada en el primer papel desplegado por el poder público, estaba más interesada en limitarlo que en potenciar su faz tuitiva. No obstante, desde mediados del siglo XX y con el renovado compromiso de las sociedades occidentales con la dignidad humana, éstas redescubrieron la importancia del papel asumido por el Estado en la garantía de los derechos fundamentales, fenómeno que -como indica FERRERES COMELLA- facilitó admitir la existencia de amenazas a éstos que no provinieran precisamente del poder público[346].

Este reconocimiento que, en algunos ordenamientos, es sólo implícito, en otros, ha avanzado en la dirección de admitir formalmente que los particulares puedan ser sujetos pasivos de la relación material, en relación con algunos derechos fundamentales. Correlativamente, se ha concebido que tales particulares puedan ser la parte demandada o recurrida en una relación procesal de amparo. Con ello se rompe el esquema clásico, en que sólo al Estado podía imputarse una lesión de derechos fundamentales.

Frente a la disyuntiva de reconocer o no la eficacia horizontal, en el caso europeo, Alemania fue pionera en discutir las implicancias de una u otra posición, debate que, posteriormente, fue abordado por la doctrina española. Mientras tanto, en Estados Unidos, a pesar del liberalismo que caracteriza a su sistema, esta interrogante se tradujo en importantes ajustes y transformaciones, principalmente, a nivel jurisprudencial, según se explicará. En América Latina, a su turno, Argentina abordó esta cuestión, con una solución diferente a todos los ordenamientos antes citados, fórmula que permeó a distintos ordenamientos de su entorno. Por lo expuesto, se considera necesario abordar brevemente estos planteamientos, en función de tener una visión más completa sobre tan controversial asunto.

De todos modos, es posible adelantar que no existe un criterio único o común en torno a la eficacia horizontal sustantiva y, mucho menos en torno a su proyección procesal, razón por la cual, el criterio relativo a los sujetos procesales no será de utilidad, como rasgo definitorio, para caracterizar a los amparos. Las razones para dicha exclusión son las que se exponen a continuación.

[346] FERRERES COMELLA. Ob. Cit., 2008, pp. 530-532.

2.2.2.2.1. La raíz de la indefinición: la eficacia horizontal sustantiva de los derechos fundamentales

La discusión sobre la eficacia horizontal (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales se remonta, en sus orígenes, al desarrollo dicha tesis por el Tribunal Federal del Trabajo alemán, entre los años 1954 y 1963, bajo el influjo de su presidente HANS CARL NIPPERDEY[347]. Dicho autor sostenía que los derechos fundamentales producían un "indudable efecto absoluto"[348], lo que determinaba la posibilidad de su aplicación directa en las relaciones entre particulares[349], prescindiendo de toda consideración histórica que entorpeciera su protección en el contexto actual[350]. No obstante, NIPPERDEY no creía que todos los derechos fundamentales pudieran recibir aplicación directa en las relaciones privadas, sino que ello debía analizarse caso a caso[351]. Así, existirían derechos que, por su propia naturaleza, surgieron para desplegar, en principio, su eficacia contra el Estado, como las garantías penales o administrativo-sancionatorias, mientras que otras cobran mayor sentido al ser predicadas en las relaciones privadas, como acontece con los derechos de la personalidad (el honor, la intimidad y la propia imagen) cuando colisionan con la libertad de expresión o el derecho a la información de otros particulares; o, como también ocurre, con los derechos laborales de sindicación y huelga y que constituyen un claro límite a la libertad de empresa[352].

La tesis de la *Drittwirkung* directa, defendida por NIPPERDEY, fue controvertida por GÜNTHER DÜRIG, quien, aceptando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, postulaba que ella debía ser sólo mediata o indirecta, pues la aceptación de la tesis contraria implicaba asfixiar la autonomía privada, principio rector de las relaciones entre particulares[353]. Según esta tesis, no es posible que las normas iusfundamentales puedan, por sí solas, regular todos los conflictos que puedan surgir en las relaciones jurídicas entre particulares, sino que generalmente se requerirá de la mediación del legislador y/o del juez para su resolución. De esa manera, por las garantías

[347] SARAZÁ JIMENA, Rafael. *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 193.
[348] NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. Krefeld: Scherpe, 1961, p. 24. (Traducción bajo responsabilidad del autor).
[349] Ibídem.
[350] STARCK, Christian. "Derechos fundamentales y derecho privado". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, N° 66, 2002, p. 68.
[351] Ibídem; y ANZURES GURRÍA, José Juan. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". *Cuestiones constitucionales*, vol. 22, 2010, p. 25.
[352] Ibídem, pp. 25-26.
[353] BOROWSKI. Ob. Cit., pp. 8-10.

que ofrece, es al legislador a quien toca, primeramente, compatibilizar el ejercicio de los derechos fundamentales entre particulares, realizando el correspondiente ejercicio ponderativo en la legislación y definiendo bajo qué circunstancias, uno de ellos aplicará en mayor medida que otro[354]. A falta de previsión legislativa, y dada la naturaleza inmediatamente operativa de los derechos fundamentales, será el juez quien deba dirimir el conflicto. Sobre tal adjudicación judicial, en materia de derecho privado, tal como explica STARCK, las obligaciones entre los particulares no serán otras que las definidas en la ley, pero es común que tales normas empleen conceptos jurídicos abiertos que requieren ser "rellenados" por vía interpretativa, permitiendo incorporar, por intermedio de éstos, los valores encarnados en los derechos fundamentales[355]. A pesar de tratarse de una discusión cuyo anclaje es el derecho alemán, dada la fuerte influencia de su doctrina iuspublicista sobre España y América Latina, ésta ha logrado trasladarse hasta dichos foros.

Además, tal como se señalaba en el apartado correspondiente, la asunción de que, en ciertas áreas de la vida socio-jurídica, las partes no se encuentran en una posición equivalente, dada la desigualdad material de los éstas (relaciones laborales, de consumo o de familia, entre otras) la eficacia horizontal ha experimentado un importante auge[356]. Sumado a lo anterior, y siguiendo a BILBAO UBILLOS, la idea de que la Constitución regula no sólo la actividad estatal, sino que "sienta las bases del orden jurídico en su conjunto" y modela a la sociedad civil mediante ciertas pautas, permite afirmar que los derechos fundamentales, en tanto normas constitucionales, no sólo gobiernan las relaciones jurídico-públicas, sino que también inciden en las jurídico-privadas[357]. Por último, la función de "remodelación social" que se asigna a la organización estatal en el contexto del Estado social, implica que ésta debe hacerse cargo de corregir las desigualdades y la arbitrariedad de los poderes fácticos; tan arduas tareas, como puede preverse, no resultan posibles de cumplir, si se sigue la concepción clásica de los derechos fundamentales como únicamente oponibles al poder público[358].

[354] Por resumir algunos de los más pertinentes postulados en la materia, se recomienda ver: BILBAO UBILLOS. Ob. Cit., 1997, pp. 289-292.
[355] STARCK. Ob. Cit., 2002, p. 67.
[356] Para un desarrollo más profundo de esta idea, ver: BILBAO UBILLOS. Ob. Cit., 1997, pp. 240-256.
[357] Ibídem, pp. 256-262.
[358] Ibídem, pp. 262-270.

2.2.2.2.2. La eficacia horizontal procesal de los derechos fundamentales y sus dispares alcances

Las indefiniciones sustantivas sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se han traducido al plano procesal. La mayoría de los ordenamientos ha debido lidiar con enormes dificultades técnicas al intentar hacer cuadrar, en sus respectivos esquemas procedimentales, los conflictos en cuya raíz existe una vulneración de derechos fundamentales imputada a un particular.

Tal como señala BILBAO UBILLOS, de la configuración procesal de los instrumentos de justicia constitucional de la libertad no puede intentar inferirse la forma en que el respectivo ordenamiento concibe la eficacia horizontal, pues ello equivale a simplificar en extremo dicho asunto[359]. No obstante, resulta innegable que el carácter problemático que tal eficacia presenta a nivel sustantivo, en un ordenamiento constitucional, se traduce al funcionamiento de sus instrumentos protectores de derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, dado el claro signo liberal de su Constitución, una violación de derechos fundamentales ha de poder atribuirse siempre al Estado y jamás directamente a particulares, lo que se conoce bajo el nombre de "doctrina de la acción estatal" (*state action*). Lo anterior admitiría como única excepción el precepto contenido en la Enmienda XIII, relativa a la abolición de la esclavitud y cuya eficacia horizontal, según algunos, podría considerarse directa[360].

A pesar de tratarse de un ordenamiento liberal, con el fin de permitir la impugnación de conductas privadas en base a argumentos constitucionales, la jurisprudencia estadounidense ha ido ensanchado progresivamente el concepto de la "acción estatal". Sin que la enumeración sea exhaustiva, tal posibilidad cabe, en principio, en los siguientes casos: si las actuaciones del particular son de aquellas tradicionalmente llevadas a cabo por el Estado (*public function test*); si la conducta impugnada ha sido realizada por el particular en conjunto con el Estado (*joint action test*); si existe un estrecho nexo o interdependencia entre el hecho de un ente privado y la conducta del

[359] Ibídem, pp. 77-82.

[360] En el entendido de que la esclavitud era una relación privada de servidumbre, el Estado la abolió mediante la Enmienda XIII, con efectos permanentes y definitivos, estableciendo, al mismo tiempo, obligaciones para el Estado en relación a garantizar esta proscripción. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 113.

Estado (*nexus test*); o si el particular ha actuado de una determinada manera porque la ley estatal o la costumbre le exigen o compelen a actuar así (*state compulsion test*)[361].

Algún sector de la academia norteamericana ha criticado la doctrina de la acción estatal, sosteniendo que ella no surgió, como se pretende, para proteger libertad de los privados, pues tal comprensión se traduciría en el reconocimiento de un espacio de impunidad o en un "derecho de los individuos a estar libres del control gubernamental"[362]. En cambio, desde esta visión minoritaria, tal doctrina estaría orientada a afianzar la prerrogativa de la ciudadanía para decidir, a través de sus representantes electos, "si, y en qué medida, los individuos y las organizaciones privadas tienen el deber de observar las normas constitucionales.[363]"

Por último, y dando un vertiginoso giro en la concepción tradicional de ese ordenamiento, la Corte Suprema de Estados Unidos, en muy recientes y polémicas sentencias, pronunciadas en asuntos relativos a la libertad de expresión[364] e igual protección (no discriminación)[365] ha resuelto la aplicación directa de normas

[361] HOWARD, David. "Rethinking State Inaction: An In-Depth Look at the State Action Doctrine in State and Lower Federal Courts". *Connecticut Public Interest Law Journal*, vol. 16, N° 2, 2017, pp. 226-233.
[362] HUHN, Wilson R. "The state action doctrine and the principle of democratic choice". *Hofstra Law Review*, vol. 34, 2006, p. 1381. (Traducción del autor)
[363] Ibídem, p. 1457.
[364] En la sentencia del caso *303 Creative LLC. v. Aubrey Elenis*, 600 U.S. 570 (2023); de 30 de junio de 2023, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió que una diseñadora web cristiana de Colorado pudiera excusarse de proveer sus servicios para bodas entre personas del mismo sexo, sobre la base de sus convicciones religiosas. Lo interesante de este caso es que el litigio se planteó ante la mera posibilidad de que el Estado de Colorado pudiera obligarla a prestar sus servicios para parejas homosexuales, sin que ello hubiera ocurrido. De esa manera, si bien en términos procesales se demandó a Colorado, el conflicto verdadero y sustantivo, es uno solamente potencial, ideado por la actora, entre ella y las parejas del mismo sexo que pudieran querer contratarla, referido a la eficacia directa de su libertad de expresión como argumento para excluirlos legalmente como clientes, a pesar de tener éstos un derecho a no ser discriminados por su orientación sexual. Dicho en otras palabras, el conflicto se planteó procesalmente como uno de eficacia mediata, pero sustantivamente es innegable que su fin es la eficacia directa e inmediata de la libertad de expresión en las relaciones particulares entre proveedores de servicios y parejas del mismo sexo. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf. (fecha de visita 06 de julio, 2023)
[365] En el fallo de los casos *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, y *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*, 600 U.S. 181 (2023), ambas de fecha 29 de junio de 2023, la Corte decide aplicar a ambas universidades el test de escrutinio estricto procedente frente a posibles violaciones de la cláusula de la igual protección de la Enmienda XIV, por el empleo de la categoría "raza" en sus políticas de ingreso. Lo interesante es que Harvard, a diferencia de la Universidad de North Carolina, es una institución privada, lo que tornaría inaplicable a su respecto la referida Enmienda, norma que, dada la inspiración liberal de la Constitución norteamericana, sólo vincula a los Estados. Es más, los demandantes atribuían a Harvard una violación del Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964, norma que prohíbe la discriminación basada en la raza, entre otros factores, a los entes privados que reciban fondos públicos. No obstante, la Corte razona, en la nota al pie N° 2 que "la discriminación que viola la Cláusula de la Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda cometida por una institución (privada) que acepta fondos federales también constituye una violación del Título VI". Sobre la base de lo anterior, decide aplicar derechamente el test de escrutinio estricto y declarar que la decisión de Harvard viola lo preceptuado en la Enmienda XIV, lo que convierte este caso en uno que discurre claramente, aunque sin decirlo expresamente, respecto de la eficacia horizontal sustantiva y procesal de aquélla en las relaciones

iusfundamentales en algunas relaciones entre particulares. En tal sentido, sólo puede concluirse que la inestabilidad y escasa claridad en el tratamiento histórico de este tópico, por parte de la judicatura norteamericana, pareciera ser la única constante.

Por otra parte, en el caso de América Latina, el punto de partida de la discusión sobre la eficacia horizontal procesal de los derechos fundamentales está dado por el "caso Kot", decidido por la Corte Suprema de Argentina, en el año 1958[366]. Para contextualizar, es importante señalar que la Constitución argentina, a esa fecha, sólo preveía el mecanismo del hábeas corpus para defender la libertad individual, sin que los restantes derechos contaran con un remedio jurisdiccional especial para el caso de violación, de la cual podía reclamarse únicamente, como indica HARO, a través de los procesos ordinarios[367]. No obstante, en diciembre de 1957, la Corte Suprema de dicha nación, a propósito de un hábeas corpus planteado ante la clausura inmotivada de un periódico por la policía, creó pretorianamente la figura del amparo, en el denominado "caso Siri", brindando protección a la libertad de imprenta y de trabajo de su propietario[368]. Meses más tarde, en octubre de 1958, la Corte Suprema brindó amparo a los propietarios de la empresa Samuel Kot S.R.L., ocupada por sus trabajadores, a raíz de un conflicto de orden laboral, oportunidad en que dicha magistratura determinó que resultaba irrelevante, para la procedencia de esta acción, distinguir si la restricción ilegitima tuvo su origen en el obrar de una autoridad pública o de particulares[369].

En base a lo anterior y tal como indica DALLA VÍA, los fallos "Siri" y "Kot" son la base de la construcción jurisprudencial del amparo, instituto enraizado en dos premisas materiales: su concepción como una garantía implícita en la Constitución argentina y la idea de que todos los derechos proclamados en ésta, son inmediatamente operativos, respecto tanto del poder estatal como de los privados[370]. Adicionalmente, siguiendo a

jurídicas entre estudiantes y universidades privadas. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf (fecha de visita 06 de julio, 2023).

[366] CORTE SUPREMA DE ARGENTINA. "KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares (5-958)"; 5 de septiembre de 1998. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kot-samuel-srl-accion-amparo-acto-particulares-5-958-fa58003244-1958-09-05/123456789-442-3008-5ots-eupmocsollaf (fecha de visita: 06 de julio, 2023)

[367] HARO, Ricardo. "La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 16, 2012, p. 215.

[368] CORTE SUPREMA DE ARGENTINA. "Siri, Ángel S."; 27 de diciembre de 1957. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autnoma-buenos-aires-siri-angel-fa57997827-1957-12-27/123456789-728-7997-5ots-eupmocsollaf (fecha de visita: 06 de julio, 2023)

[369] MARANIELLO, Patricio Alejandro. "El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales". *Revista IUS*, vol. 5, N° 27, 2011, p. 12.

[370] DALLA VÍA, Alberto Riccardo. "La justicia constitucional en Argentina". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 1, 1997, p. 47.

LAZZARINI, desde una perspectiva procesal, la doctrina de estos fallos puede sintetizarse en cuatro puntos: "1) Procede el amparo para tutelar los derechos constitucionales, con excepción de la libertad física protegida por el habeas corpus; 2) no puede ser obstáculo a la aplicación del amparo su falta de reglamentación procesal, aplicándose en cuanto sea posible el trámite del habeas corpus; 3) el amparo protege contra actos de los particulares y contra los del Estado; 4) el amparo procede no obstante la existencia de vía procesal ordinaria, si el trámite lento de ésta puede producir un daño grave e irreparable"[371].

Posteriormente, se dictaron las Leyes N° 16.986 de 1966 y N° 17.544 de 1968, que regularon las acciones de amparo contra el poder público y particulares, respectivamente. En 1994 y en el marco de las reformas introducidas a la Constitución federal, el amparo fue establecido en el artículo 43, como un remedio judicial procedente frente a la lesión o amenaza de derechos fundamentales, sea que ésta tenga su origen en actos u omisiones de autoridades públicas o particulares[372]. Así, consolidando una importantísima diferencia con el amparo mexicano, el argentino, nacido a su imagen y semejanza, no sólo resulta aplicable frente al ejercicio del poder público.

En la misma línea, la Constitución de Bolivia de 1967 estableció la institución del amparo y la hizo procedente en contra de los "actos ilegales u omisiones indebidas de los funcionarios o particulares"[373], situación que se reiteró en la Carta de 2009, actualmente en vigor en el país andino[374]. Por su parte, la Constitución peruana de 1993, regula la

[371] LAZZARINI, Juan Luis. "El juicio de amparo". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 4, 2000, pp. 213-214.

[372] El artículo 43 de la Constitución Nacional argentina, en lo pertinente, dispone: "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." Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/arg (fecha de visita 07 de julio, 2023)

[373] El artículo 19.1 de la Constitución boliviana de 1967, estatuye: "Fuera del recurso de "habeas corpus", a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes". Disponible en: https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia1967.html (fecha de visita 07 de julio, 2023)

[374] El artículo 128 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, de 2009, señala: "La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley". Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/bol (fecha de visita 07 de julio, 2023)

acción de amparo y reconoce la posibilidad de entablarla "contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona"[375].

A su turno, la Constitución colombiana, en relación a la acción de tutela, indica que ésta procede contra particulares "encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión"[376]. Esta importante previsión normativa recoge aquellas concepciones de la eficacia horizontal que se justifican por la desigualdad fáctica de ciertos sujetos privados[377], como también las que consideran aplicables los derechos fundamentales a particulares que atiendan funciones similares a las que cumple el Estado, tal como ha venido aconteciendo en el derecho estadounidense.

De este modo, como explican AGUILAR CARVALLO y CONTRERAS, "la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos esenciales ha sido ampliamente acogida, al menos, por los países del cono sur americano, ello por cuanto establecen que el mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales opera no sólo frente a los ataques o vulneraciones llevadas a cabo por agentes estatales, sino que también cabe la posibilidad de emplear estos mecanismos tutelares cuando la acción u omisión que atente contra las garantías básicas del ser humano sea fruto de la acción de los privados en sus relaciones jurídicas recíprocas"[378].

[375] El artículo 200.2 de la Carta peruana de 1993, establece como una de sus garantías constitucionales: "La Acción de Amparo, 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, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular". Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/per (fecha de visita: 07 de julio, 2023).

[376] Constitución de Colombia. Artículo 86. Disponible en: https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4/articulo-86 (fecha de visita: 07 de julio, 2023).

[377] Ver el punto 1.3.2.4.2., denominado "Axiología iusfundamental, irradiación y proyección en las relaciones entre particulares", en que se abordó esta materia.

[378] AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian. "El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile". *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1, 2007, pp. 217-218.

2.2.2.2.3. A modo de corolario: la imposibilidad de considerar a los sujetos procesales dentro de un concepto unitario de amparo

A la luz de lo expuesto en torno a la eficacia horizontal y su proyección procesal en Estados Unidos, Europa y Latinoamérica, es posible afirmar que España y Chile parecen seguir las corrientes doctrinales y jurisprudenciales predominantes en sus respectivos espacios geográficos. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se dirá en los apartados específicamente dedicados al análisis de cada uno de dichos ordenamientos.

Por otro lado, queda claro que todos los sistemas han ido recibiendo, de diferente modo, la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tanto en su aspecto sustantivo como procesal. Tal variabilidad, si bien es una constatación interesante, da cuenta de la imposibilidad de considerar a los sujetos procesales para la construcción de un concepto unitario de los amparos, que permita explicarlos, a pesar de las diferencias de lugar y tiempo.

En suma, a pesar de que la tradición clásica o liberal pudiera sugerir lo contrario, de lo expuesto se desprende que los procesos a través de los cuales se materializa la jurisdicción constitucional de la libertad, ya no sólo tienen lugar únicamente entre los particulares, como actores o sujetos procesales activos y el Estado, como sujeto procesal pasivo. El abanico de posibilidades que ofrece la recepción de la eficacia horizontal en diferentes latitudes, permite descartar una unidad de criterio. Específicamente, la configuración procesal que exhibe cada ordenamiento jurídico, a nivel de amparos, responde a la concepción sobre la eficacia de los derechos fundamentales que éste mantenga, materia en la que aún subsisten profundas discrepancias y marcadas indefiniciones.

2.2.2.3. Tercer elemento: el parámetro de control aplicable en los amparos

Un elemento adicional a tener en cuenta, para diferenciar los procesos de amparo de otras vías procesales, es el parámetro de control que el órgano jurisdiccional debe aplicar a la hora de resolver. Tratándose de mecanismos de la jurisdicción constitucional tendientes a salvaguardar los derechos fundamentales, resulta evidente que el juez o tribunal que conoce de ellos está llamado a aplicar principalmente la Constitución, la que,

de este modo, se erige en el parámetro central su razonamiento. Asimismo, de todas las normas constitucionales, las iusfundamentales, que contienen los derechos susceptibles de ser tutelados por la vía de amparo en cuestión, se convierten en el núcleo central del parámetro de control a aplicar.

En sentido contrario, si el conflicto es de naturaleza meramente legal o reglamentaria, una vía constitucional de amparo aparece como sede inapropiada para entender del mismo, tanto por su configuración de tutela privilegiada, como por los fines que ésta busca satisfacer, elementos que no calzan con la menor entidad que usualmente revisten los asuntos ordinarios. Así, siguiendo una expresión de WAHL y WIELAND, la justicia constitucional ha de utilizarse "como un bien escaso, que debe ser administrado del modo más eficiente posible"[379].

No obstante, la diferenciación kelseniana entre una justicia constitucional, llamada a resolver según la Constitución y una jurisdicción ordinaria, que debe hacerlo sólo en base a la ley, se ha revelado como impracticable en la actualidad[380]. Como ha explicado BILBAO UBILLOS, la delimitación de los ámbitos de la estricta constitucionalidad y la mera legalidad podría suscitar más de alguna dificultad, tanto para la justicia ordinaria como para los órganos de jurisdicción constitucional[381]. Dicha distinción puede relativizarse aún más cuando no existe diferencia orgánica, sino únicamente funcional, entre los órganos que cumplen una y otra tarea.

2.2.2.3.1. Deslindes entre asuntos de constitucionalidad y mera legalidad: fórmulas "Heck" y "Schumann"

A la luz de las dificultades expuestas, la doctrina constitucional ha formulado algunas propuestas para intentar deslindar, desde una perspectiva material, los espacios propios de la jurisdicción constitucional. Éstas han tenido su origen principalmente en

[379] WAHL y WIELAND. Ob. Cit., p. 35.
[380] ARAGÓN REYES. Ob. Cit., 2019, p. 32.
[381] BILBAO UBILLOS, Juan María. "Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional". En: ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; BAR CENDÓN, Antonio; BARCELONA LLOP, Javier et al. *Escritos Jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Tomo I: Derecho Público.* Santander: Universidad de Cantabria, 1993, pp. 140-151.

Alemania y habiendo alcanzado mayor o menor éxito en su respectivo foro[382], también han servido de inspiración para otras jurisdicciones constitucionales[383].

Entre ellas, cabe destacar, primeramente, la denominada "fórmula Heck" (*Heck'sche Formel*)[384], en virtud de la cual se estima que la jurisdicción constitucional sólo es competente para pronunciarse respecto de vulneraciones de "Derecho Constitucional específico" (*spezifischen Verfassungsrechts*) y no de infracciones de "derecho ordinario" (*einfaches Recht*)[385]. Conforme a tal doctrina, si se impugna un acto en sede de amparo y éste objetivamente ha infringido normas infraconstitucionales, ello no necesariamente se traduce en una violación de Derecho Constitucional, pues para que concurra este vicio "el error debe recaer directamente en la inobservancia de los derechos fundamentales"[386].

No obstante, como explicara GARCÍA DE ENTERRÍA, no debe perderse de vista que cualquier infracción de la legalidad relacionada con derechos fundamentales "puede ser, derivativamente, una lesión de dichos derechos fundamentales, evidentemente, pero una lesión simplemente indirecta"[387]. Así, el acento está puesto en diferenciar las violaciones directas (*direkte Verfassungsvertoss*) de las indirectas, pues sólo las primeras pueden ser objeto de pronunciamiento en sede constitucional, mientras que las otras deben ventilarse en los procesos ordinarios correspondientes[388]. Lo anterior cobra especial sentido si lo

[382] Sobre la utilidad de dichas fórmulas en Alemania, ver por todos: HERNÁNDEZ RAMOS. Ob. Cit., pp. 94-95.

[383] Así, por ejemplo, La "fórmula Heck" es muy comúnmente empleada por el Tribunal Constitucional peruano como argumento para inadmitir recursos cuyo conflicto de fondo, a juicio de tal magistratura, constituye un asunto de mera legalidad. Esta doctrina comenzó a ser invocada por dicha magistratura en el fundamento 6° de la Resolución del Tribunal Constitucional (RTC) 9746-2005, en un proceso de hábeas corpus y reiterada en el fundamento 10° del voto singular de los magistrados Alva Orlandi y Landa Arroyo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 1209-2006, en un proceso de amparo. Ambos fallos disponibles, respectivamente, en: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09746-2005-HC%20Resolucion.pdf y https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.pdf (fecha de visita: 09 de julio, 2023) Sobre la utilización de esa fórmula por el Tribunal Constitucional peruano, ver por todos: FIGUEROA GUTARRA, Edwin. "El Proceso de Amparo: Alcances, Dilemas y Perspectivas". *Ius: Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 2, N° 1, 2012, pp. 86-87; y GRANDEZ CASTRO, Pedro y CARPIO MARCOS, Edgar. "El Tribunal Constitucional peruano cumple 10 años desde su reinstalación: reporte de su labor jurisprudencial durante el año 2006". *Observatório da Jurisdição Constitucional*, vol. 1, 2007, p. 23.

[384] Ésta debe su nombre al jurista Karl Heck, quien fuera magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán. Sobre la denominada "fórmula Heck", ver: SCHÖNDORF-HAUBOLD, Ob. Cit., pp. 40-41; STARCK. Ob. Cit., pp. 17-19; WAHL y WIELAND. Ob. Cit., pp. 17-18. HERNÁNDEZ RAMOS. Ob. Cit., pp. 94-95; GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. Cit., pp., 42-45.

[385] GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. Cit., p. 43.

[386] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Sentencia BVerfGE 18, 85 [92]; 10 de junio de 1964. En: SCHWABE. Ob. Cit., p. 41.

[387] GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. Cit., p. 44.

[388] Ibídem.

vinculamos con la idea de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, derivada de su efecto radiante, que hemos venido desarrollando.

Por otro lado, para deslindar constitucionalidad y legalidad, se ha empleado la denominada "fórmula Schumann" (*Schumann'sche Formel*)[389], que suele utilizarse de manera complementaria a la anterior. Ella implica, desde el punto de vista de los tribunales ordinarios, que "éstos pueden interpretar y aplicar con carácter definitivo y vinculante el Derecho ordinario, en la medida en que éste, en cuanto norma general o en cuanto resultado interpretativo susceptible de generalización, no lesione la Constitución"[390]. En otras palabras, cualquier conflicto vinculado a una interpretación de la ley que, generalizada, podría resultar contraria a los derechos fundamentales, a pesar ser un asunto de hermenéutica legal, por su eventual resultado lesivo, es un asunto propio de la jurisdicción constitucional[391].

El parámetro de control, en tal caso, es el derecho fundamental en su "*standard* mínimo constitucional", no el que ha alcanzado como resultado de su desarrollo legislativo[392]. De esa manera, no toda inobservancia de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales puede ser una materia a resolverse en sede de amparo, "sino sólo aquella violación que, imaginada como norma, fuera inconstitucional"[393].

Los criterios materiales antes presentados, si bien no establecen, en carácter de reglas absolutas, las hipótesis en que debe intervenir la jurisdicción constitucional de la libertad, sí pueden servir como una guía u orientación para que los jueces constitucionales puedan ir formulando criterios jurisprudenciales de inadmisibilidad frente a asuntos simplemente legales.

2.2.2.3.2. Integración de la legalidad en el parámetro de control de los amparos

Adicionalmente, otra conclusión que se desprende meridianamente de tales propuestas es que la jurisdicción constitucional de derechos fundamentales no puede

[389] Esta fórmula es obra del procesalista Ekkerhard Schumann, quien buscaba, ante todo, afianzar que algunos asuntos de interpretación legal son excepcionalmente objeto de la justicia constitucional. Sobre la "fórmula Schmumann", ver: SCHÖNDORF-HAUBOLD. Ob. Cit., pp .40-41; STARCK. Ob. Cit., 1998, pp. 28-30; HERNÁNDEZ RAMOS. Ob. Cit., p. 94.
[390] STARCK. Ob. Cit., 1998, p. 29.
[391] SCHÖNDORF-HAUBOLD. Ob. Cit., p. 41.
[392] STARCK. Ob. Cit., 1998, p. 30.
[393] Ibídem.

constituir -como dice LIMBACH- "una instancia de superrevisión jurídica ni fáctica" en relación al derecho ordinario, sino que debe ser exclusivamente una de aplicación e interpretación de la Constitución y, específicamente, de los derechos proclamados como fundamentales en ella[394].

Así, el parámetro de verificación de un amparo no puede ser otro que la constitucionalidad referida a los derechos fundamentales, debiendo excluirse, en consecuencia, las infracciones a la mera legalidad como el objeto central de un cauce procesal de este tipo.

Sin perjuicio de lo dicho, la legalidad puede integrar el parámetro de control a aplicar en sede de amparo, lo que se explica, en primer lugar, por la natural dificultad que existe al intentar escindirla de la estricta constitucionalidad, en los términos antes desarrollados. En segundo lugar, también, porque la regulación procesal de los amparos suele estar contenida en la ley, la que incluso puede ser la fuente creadora de la vía procesal en cuestión. Y, en tercer lugar, la ley es la norma llamada a desarrollar de los derechos fundamentales, rol que se intensifica en aquellos denominados "de configuración legal", cuyos contornos dependen, en gran medida, de previsiones legislativas.

Sobre lo anterior, como lúcidamente razona LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO, dependiendo del sujeto pasivo del amparo respectivo, puede producirse un desdoblamiento de las normas de referencia, esto es, del parámetro a aplicar por el juez o tribunal respectivo. Así, "para enjuiciar si la ley respeta o no el derecho fundamental, el único criterio es la Constitución, que a menudo deja un amplio margen de libertad al legislador; pero, para enjuiciar si la Administración o los jueces respetan o no ese mismo derecho fundamental, el criterio viene dado por el conjunto norma constitucional más normas legales de desarrollo"[395].

En base a lo expuesto, puede afirmarse que el parámetro de control aplicable en amparo, debe tener como núcleo rector las normas constitucionales y, en específico, aquellas relativas a los derechos fundamentales protegidos por la vía jurisdiccional de que se trate. Asimismo, las normas legales que gobiernen dicho cauce procesal, así como aquellas reglas legales sustantivas que desarrollen los derechos fundamentales

[394] LIMBACH, Jutta. "Función y significado del recurso constitucional en Alemania". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 3, 2000, p. 75.
[395] DIEZ-PICAZO, Luis María. "Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. 20, 2001, p. 12.

amparados, pueden recibir aplicación, en la medida que el sujeto pasivo de dicho cauce no sea el legislador, sino una autoridad administrativa, judicial o, en algunos casos, un particular. Por el contrario, la legalidad común y no vinculada a los derechos fundamentales en juego, no puede constituir el parámetro de control de un amparo, pues ello sería indicativo de que el conflicto planteado, en realidad, debe ser resuelto a través de medios ordinarios y no constitucionales.

2.2.2.4. Cuarto elemento: el objeto del proceso de amparo

Por último, otro elemento con el que se suele separar a los expedientes propios de la jurisdicción constitucional de los remedios ordinarios, es su objeto procesal. En tal sentido, siguiendo a CAPPELLETTI, la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales ha de ser "diferenciada, o más bien dicho, adecuada a la naturaleza peculiar de tales derechos.[396]" Esto, entre otras cosas, significa que el objeto del proceso debe venir delineado por una pretensión principal de que se restablezca o preserve un derecho fundamental.

Como ha dicho CARRILLO, la decisión de asignar una posición procesal ventajosa a estas causas dice relación con que su *petitum* se basa en la violación de un derecho fundamental[397]. Del mismo modo, GIMENO SENDRA identificó, como común denominador de las pretensiones de amparo, el que sus "peticiones inmediatas" son de naturaleza mixta: declarativas y de condena, mientras que sus "peticiones mediatas" o los bienes litigiosos sobre los que recaen, consisten en alguno de los derechos fundamentales amparados por la vía procesal respectiva[398]. Todas estas peticiones se encuentran orientadas precisamente al restablecimiento o preservación de un derecho fundamental que se considera lesionado o amenazado.

Con lo dicho, resulta posible que un cauce de amparo permita acumular otras pretensiones, en la medida que éstas se encuentren vinculadas, aunque sea indirectamente, con la preservación o restablecimiento de un derecho fundamental, que es el objeto principal de aquél. De esa manera, es posible que una vía de amparo permita impetrar la

[396] CAPPELLETTI. Ob. Cit., p. 21.

[397] Aunque Carrillo plantea esta observación para referirse a la "preferencia" del amparo ordinario en el orden contencioso-administrativo, se trata de una aseveración que tiene un rendimiento explicativo general, por lo que se ha usado con ese alcance. Ver: CARRILLO. Ob. Cit., 1999, p. 160.

[398] Gimeno Sendra formula este análisis en relación con el recurso de amparo constitucional español, sin perjuicio de que tales afirmaciones son válidas, en general, para cualquier instituto de la jurisdicción constitucional de la libertad. Ver: GIMENO SENDRA. Ob. Cit., pp. 48-49.

pretensión iusfundamental de tutela conjuntamente con una de origen meramente legal, como ocurre con el amparo ordinario del orden contencioso-administrativo en España o con las indemnizaciones que pueden incoarse junto a la acción de tutela laboral chilena.

Adicionalmente, es posible que, con ocasión de la violación o sensibilización del derecho fundamental objeto de amparo, se haya causado daño a sus titulares, de modo tal que sea necesario disponer una reparación para éstos. A tal efecto, resulta interesante determinar si la pretensión indemnizatoria puede considerarse, también, una forma de amparo de los derechos fundamentales afectados.

En tal sentido, siguiendo la tipología elaborada por FIX-ZAMUDIO, la indemnización o reparación del daño causado con ocasión de una lesión de derechos fundamentales, debe perseguirse a través de los denominados "instrumentos complementarios", entre los que se cuentan los procesos para establecer la responsabilidad civil derivada de su lesión. Éstos, si bien forman parte del esquema general de instrumentos procesales para la garantía de los derechos fundamentales, no constituyen amparos, en sentido estricto, pues no son "medios procesales específicos" destinados exclusivamente a brindar tutela a posiciones jurídicas iusfundamentales[399].

En el mismo sentido, ALDUNATE señala que, desde el "punto de vista garantístico, el régimen de responsabilidad es esencialmente relevante sólo en términos disuasivos. La indemnización, salvo en derechos de carácter patrimonial, no constituye un verdadero resarcimiento del derecho fundamental lesionado. De aquí que los derechos fundamentales no constituyan ellos mismos fuente de una obligación de indemnizar en caso de lesión, si no es bajo la aplicación del régimen legal (o en todo caso, infraconstitucional) del derecho de daños vigente"[400].

Lo anterior no obsta a que la pretensión reparatoria pueda acumularse a la pretensión específica de amparo de derechos fundamentales, como ocurre en algunos modelos nacionales y, también, en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Es más, la posibilidad de incardinar ambas pretensiones en un mismo proceso puede acabar propendiendo a la economía procesal[401]. No obstante, debe

[399] FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 1983, pp. 46-47.
[400] ALDUNATE LIZANA. Ob. Cit., NP 641, p. 296.
[401] Recurriendo a un concepto bastante clásico, pero no por eso menos vigente, se definirá la economía procesal, en su sentido amplio o "muy genérico" -siguiendo a Carretero Pérez- como "un principio informativo del Derecho procesal que, de forma más o menos intuitiva, influye y configura la estructura y el funcionamiento del proceso; en ese aspecto sería la razón que procurara que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales; obtener el máximo rendimiento con el mínimo gasto y tiempo". En tal sentido y siguiendo a Jiménez Asenjo, a esta variante le denomina "economía en el proceso" y utiliza la acumulación de

remarcarse que, para encontrarnos frente a un amparo de derechos fundamentales y, por ende, dentro de los márgenes de la jurisdicción constitucional de la libertad, cualquier pretensión adicional a la de restablecimiento o preservación de aquéllos ha de ser meramente secundaria, derivada o accesoria.

Finalmente, para que a la pretensión principal pueda acumularse una resarcitoria o indemnizatoria, empero, el proceso de amparo en cuestión debe ser diseñado con una estructura procesal que, a pesar de constituir una fórmula de tutela privilegiada o diferenciada, permita la adecuada cognición de ambos asuntos ante el órgano jurisdiccional respectivo y ofrezca todas las garantías a los justiciables que intervengan, labor que se erige como un desafío no menor para el legislador interno.

2.2.2.5. Definición de amparo propuesta

Al hilo de lo expuesto, y como sumatoria de elementos antes desarrollados, puede elaborarse una definición de amparo que, en un sentido genérico, reúna los elementos anteriores.

Así, se propone conceptualizar los amparos como "las vías jurisdiccionales que, con independencia de su naturaleza, denominación y sujetos procesales, han sido específicamente diseñadas para la tutela de uno o más derechos fundamentales, cuyo parámetro es la normativa constitucional consagratoria de éstos y su legislación de desarrollo, y cuyo objeto principal es la adopción directa de medidas relativas a la preservación o restablecimiento de aquéllos".

2.2.3. El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales: un sistema *multinivel* o *multicapas*

El sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, en la mayoría de los ordenamientos, está compuesto por un entramado de vías procesales mediante las cuales puede recabarse su protección.

---

pretensiones como un ejemplo de ella. A continuación, indica que todas las formas de economía en el proceso pretenden que "se resuelva el mayor número de cuestiones procesales dentro de un mismo proceso, sin necesidad de repetición de actos procesales o de tener que llegar a iniciar un nuevo proceso sobre materias ya sometidas a la jurisdicción en un primer proceso dentro del cual surgieron a modo de crisis." CARRETERO PÉREZ, Adolfo. "El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo". *Revista de Administración Pública,* vol. 65, 1971, pp. 101-102.

Los medios procesales específicos destinados a la tutela de los derechos fundamentales cumplen una finalidad esencial que, en palabras de VILLACORTA MANCEBO, consiste en proveer al titular que se considere afectado, de "procedimientos técnico-jurídicos que le permitan reaccionar contra cualquier violación de su status jurídico subjetivo"[402]. Resguardar la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales constituye la verdadera razón de ser de los amparos.

A simple vista, podría pensarse que una pluralidad de instrumentos orientados al mismo fin debería considerarse, por esta sola circunstancia, un sistema. Sin embargo, mediante tal designación no sólo se busca describir una agregación de medios procesales aptos para la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico dado, sino, además, poner el acento en la necesaria articulación que debe existir entre aquéllos, de manera tal que operen de un modo coordinado y funcional.

Como observara KLAUS STERN: "El significado de un sistema (científico) de los derechos fundamentales no ha de ser sólo el de su valor clasificatorio o teórico, sino que ha de tener, además, un efecto sobre los propios preceptos constitucionales para facilitar la aplicación sistemática de los mismos"[403]. En la misma línea, la idea de un sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales no puede tener únicamente un valor dogmático, sino que debe ser el eje central para la ordenación y articulación entre los diferentes institutos que tributan a un objetivo protector común. Así, en ausencia de un funcionamiento coherente y armónico de los dispositivos procesales tutelares que integren un ordenamiento dado, siguiendo la nomenclatura de STERN, podrá hablarse, a lo sumo, de un modelo de garantía jurisdiccional, entendido como la mera sumatoria de elementos orientados a un fin común, pero no de un sistema.

El sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales está regularmente integrado por dispositivos procesales de diversa naturaleza, cuyo conocimiento está encomendado a diferentes órganos jurisdiccionales, ubicados en distintos niveles[404], pero todos dentro del radio del Estado respectivo y vinculados al derecho doméstico.

---

[402] VILLACORTA MANCEBO, Luis. "La Constitución como 'tarea', la optimización de los Derechos Fundamentales como resultado en el Estado del Bienestar". *Revista De Las Cortes Generales*, vol. 37, 1996, p. 247.

[403] STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, volumen III. Münich: C.H. Beck, 1994, pp. 1755-1756.

[404] A pesar de no emplearse en este trabajo, resulta interesante la propuesta del profesor Fernández Segado, quien señala que los sistemas de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, están integrados por tres subsistemas, relativos a: a) la protección de los derechos fundamentales por el juez ordinario; b) la garantía de los derechos por la jurisdicción constitucional; c) la protección transnacional de los derechos.

Un fenómeno similar puede observarse en relación con los derechos humanos, en que la intervención de diferentes agentes, tanto del ámbito nacional (local, regional y central) como del internacional (transnacional, regional y universal), ejerciendo distintas competencias, a través de diferentes mecanismos, constituye un sistema de tutela multinivel (*multilevel*)[405] o multi-capas (*multi-layered*)[406]. Evidentemente, el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, con sus distintos niveles, se ubica, a su turno, dentro del sistema de tutela multinivel de los derechos humanos.

Por ende, es dable concluir que el sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales es, también, uno que se estructura a través de diversos niveles o capas de protección, los que se diferencian tanto por la naturaleza de los órganos que intervienen como por el tipo de procesos mediante los cuales se presta.

El siguiente apartado se dedica a la explicación de tales niveles de garantía, dado que dicha estructura, además, se empleará para analizar dogmática y comparativamente los ordenamientos chileno y español, en sus respectivos capítulos.

2.2.3.1. Niveles, capas o componentes del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales

El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales reconoce cuatro niveles de protección, compuestos por instrumentos procesales de distinta naturaleza. Los componentes de dicho sistema y que conforman los referidos niveles, son procesos jurisdiccionales de los siguientes tipos: 1) ordinarios, 2) relativos al

---

Ver más en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, p. 143.

[405] Como referencias del sistema de protección multinivel (*multi-level),* ver, a por todos: UNIÓN EUROPEA. *Multilevel protection of the rule of law and fundamental rights - the role of local and regional authorities and of the Committee of the Regions*, 2014. Disponible en: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4d5b128e-1d12-4e99-a1e0-a6f64a10caa4/language-en (fecha de visita:16 junio, 2023); MONTESINOS PADILLA, Carmen. "Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales". *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, vol. 11, 2016, pp. 211-220; y BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea". En: ALVAR, Jaime; AREAL Ludeña, Santiago; ASCENCIO MELLADO, José María et al. *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid: Dykinson, 2008, p. 137

[406] En relación al carácter multi-capas (*multi-layered*) de la protección internacional, ver, a modo ejemplar: POLAKIEWICZ, Jörg. *Europe's multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks*, 2016. Disponible en: https://www.coe.int/en/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/europe-s-multi-layered-human-rights-protection-system-challenges-opportunities-and-risks#_ftn1 (fecha de visita: 16 de junio, 2023); y MEUWISSEN, "Katrien. NHRIs and the State: New and Independent Actors in the Multi-layered Human Rights System?". *Human Rights Law Review*, vol. 15, N° 3, 2015, pp. 441-484.

control de constitucionalidad de la ley, 3) especiales de amparo; y 4) extraordinarios de amparo.

El primer nivel de este sistema está compuesto por todos los procesos ordinarios, en los que, dado el carácter vinculante e inmediatamente aplicable de los derechos fundamentales, éstos deben ser siempre resguardados. En términos generales, estos derechos forman parte inexcusable de todo el quehacer jurisdiccional del Estado, resultando, por tanto, predicables en cualquier conflicto jurídico y ante cualquier juez o tribunal. Adicionalmente, es común que los ordenamientos habiliten a interesar, mediante recursos, remedios o incidentes, la nulidad de los procesos o las sentencias, si se hubiese infringido uno o más derechos fundamentales en la tramitación de aquéllos o el pronunciamiento de éstas. Tales dispositivos invalidatorios de derecho común, se ubican en esta capa del sistema de garantía jurisdiccional.

Un segundo nivel o capa, se compone de las vías para ejercer el control de constitucionalidad de la ley, las que, sin perjuicio de no haber sido diseñadas exclusivamente para brindar amparo a los derechos fundamentales, sí tienen aptitud para garantizarlos mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas legales que pudieran lesionarlos. Asimismo, con la incorporación de los denominados controles de constitucionalidad incidentales, cuyo ejercicio se provoca respecto de leyes que incidan en procesos judiciales en curso, dicha función de garantía se ha visto acentuada.

Un tercer nivel, presente en varios ordenamientos, es la existencia de cauces procesales especiales establecidos para tutela directa de derechos fundamentales. Estos procedimientos especiales constituyen amparos y pueden haber sido concebidos para tutelar un amplio catálogo de derechos (procesos especiales-genéricos) o para brindar protección a un determinado derecho o grupo de derechos, cuyas particularidades ameritan un diseño procesal diferenciado (procesos especiales-particulares).

Por último, el cuarto nivel interno, originado en la tradición mexicana, española y alemana, es el amparo extraordinario. Los dispositivos de este tipo constituyen mecanismos excepcionales para la protección de un amplio elenco de derechos fundamentales, los que, por definición, operan sólo en la medida que no existan otras vías procesales aptas para enmendar la vulneración de aquéllos. A pesar de existir dos importantes referentes europeos de este tipo de remedios, ellos son mucho más comunes en América Latina que en Europa.

2.2.3.2. La protección internacional de los derechos humanos (nivel supranacional e internacional)

Además de los componentes antes señalados, existe un nivel adicional de garantía, compuesto por los mecanismos supranacionales e internacionales de protección de derechos, el que comprende tanto a las vías propias del sistema universal de protección de derechos humanos como a las de los respectivos sistemas regionales o supranacionales con competencia en la materia.

Tales instrumentos únicamente pueden ser empleados, una vez agotados los niveles internos del sistema de garantía jurisdiccional de derechos, puesto que operan bajo una regla de subsidiariedad o complementariedad[407]. En otras palabras, las reclamaciones supranacionales e internacionales no serán admisibles, por regla general, en tanto no se hayan agotado los recursos domésticos que fueren aptos para remediar, con arreglo al derecho interno, la violación de los derechos humanos que se estiman conculcados.

Los dispositivos de derecho supranacional e internacional no pueden formar parte *in extenso* del presente análisis, ya que éste versa sobre los institutos de garantía de derechos fundamentales en su sentido estricto. Más específicamente, este análisis profundiza en los mecanismos de garantía subjetiva y objetiva que los ordenamientos internos franquean a los derechos proclamados constitucionalmente. Por ende, aunque el objeto sobre el que recae la protección interna y la internacional es mayormente coincidente (los derechos de la persona), el presente análisis se plantea desde una perspectiva eminentemente centrada en el derecho doméstico. Asimismo, no debe perderse de vista que, aunque ambas formas de protección (la interna y la externa) recaigan sobre un mismo objeto, la fuente que los consagra es diferente y pueden presentarse -como es natural- diferencias en el tratamiento que realice la Constitución interna de un Estado y un tratado o convención, respecto de un mismo derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta innegable la creciente importancia que los remedios y dispositivos internacionales han ido adquiriendo y la necesidad de irlos

[407] En virtud del principio de subsidiariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la regla general exigirá agotar los remedios de orden interno para que puedan activarse aquellos propios del orden internacional. Ver, por todos: PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. "La subsidiariedad, principio estructural del Derecho Internacional de los derechos humanos". En: CARDONA LLORENS, Jorge (coord.) *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Valencia: Editorial Tirant Lo, Valencia, 2009, pp. 27-50.

perfeccionando, con el fin de profundizar la protección de los más básicos atributos de las personas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos[408] , en tal sentido, juega un doble rol: procesal y sustantivo. Así, junto con prever sus propias vías de protección para los derechos del ser humano, define ciertos estándares o pautas que deben satisfacer los ordenamientos jurídicos al brindarles tutela internamente. En otras palabras, dicha rama no sólo vehicula vías de reclamación internacional frente a la vulneración de derechos, sino que también estatuye pautas mínimas de eficacia para las vías internas de protección que configuren los Estados.

No obstante, las vías de reclamación, regionales y universales, dispuestas frente a la violación de derechos humanos, encaran sus propias dificultades. A una creciente resistencia a reconocer la obligatoriedad de pautas jurídicas fijadas desde el exterior de los Estados, se deben sumar los escollos técnico-jurídicos y políticos para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de órganos internacionales. Así, a pesar de que la condena proferida por un tribunal internacional indudablemente acarrea responsabilidad para el Estado perdidoso y que éste debe acatar la sentencia respectiva, entre ese ideal y la realidad existe una importante brecha[409].

Al cuadro anterior, debe sumarse que los distintos Estados varían en el reconocimiento que han hecho de la competencia de los tribunales internacionales o regionales de derechos humanos, aceptación de la que depende el que éstos puedan ser denunciados y, eventualmente, condenados por las violaciones de derechos humanos en que pudieren incurrir.

Por otro lado, no todos los incumplimientos de la normativa internacional de derechos humanos son declarados por tribunales. Existen organismos internacionales que poseen competencias cuasi-jurisdiccionales o cuasi-contenciosas, como ocurre con los denominados "órganos de los tratados" del sistema universal. En tales casos, dado que ni el proceso en que se ventila el caso respectivo es un juicio, ni la decisión que recae en él

[408] Para simplificar su definición, diremos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto normativo internacional y disciplina autónoma, que reconoce a los seres humanos como sujetos protegidos. LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. "Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada". *Revista Colombiana de Derecho Internacional,* vol. 3, N° 5, 2005, p. 93.

[409] Sólo a modo ejemplar, en torno a las dificultades del cumplimiento de fallos internacionales, se recomiendan los siguientes trabajos: URBINA, Natalia. "El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016". *Revista IIDH,* N°65, 2017, pp. 329-341 y DE JUAN CASADEVALL, Jorge. "La problemática ejecución de sentencias del TEDH en el Derecho español". *Revista De Las Cortes Generales* N° 66, 2005, pp. 93-136.

es una sentencia, son comunes los cuestionamientos sobre la naturaleza jurídica de tales resoluciones, su carácter obligatorio o facultativo y las consecuencias de su inejecución, entre otros. Además, su encaje en el sistema de fuentes interno o la forma de darles eficacia, en muchas ocasiones, resulta una ardua tarea, pues no son fácilmente homologables a ninguna categoría normativa del derecho doméstico de los Estados.

Más allá de las dificultades que han sido presentadas, la existencia de un nivel internacional o supranacional de protección de derechos ha obrado en refuerzo de éstos, permitiendo a las personas contar con cauces para reclamar, cuando el Estado, a pesar de haber sido requerida oportuna y debidamente su intervención, falle en la misión de brindarles tutela. La apropiada articulación entre los estándares desarrollados en tales sedes y en las de derecho doméstico, constituye uno de los mayores desafíos del derecho público contemporáneo.

2.2.4. Distinción y articulación entre jurisdicción constitucional de la libertad y justicia ordinaria: especificidad y exclusividad

El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales se estructura -como se dijo más arriba- a través de distintos componentes o niveles, en los cuales participan diferentes órganos jurisdiccionales, ejerciendo diversas competencias.

La jurisdicción constitucional de la libertad, a la que largamente se ha hecho referencia, está constituida sólo por aquellos niveles de ese sistema que agrupan a los instrumentos procesales específicamente diseñados para la tutela directa de los derechos fundamentales, genéricamente denominados “amparos”. Tales amparos son procesos especiales, genéricos o particulares, que están presentes, de alguna manera, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, e incluso, en algunos, aparecen adicionalmente como formas extraordinarias de tutela, tal como ocurre en España, Alemania y varios países de Latinoamérica. Es decir, sólo la tercera y cuarta capas del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales se compone de amparos y, por ende, únicamente aquéllas constituyen la denominada jurisdicción constitucional de la libertad.

Resulta trascendental diferenciar el ámbito de aplicación de los amparos, por un lado y de los remedios ordinarios, por otro. La demarcación de esta línea divisoria, tiene por objeto preservar la especificidad y la exclusividad de los primeros.

Los Estados que poseen amparos y, por ende, una jurisdicción constitucional de la libertad, reconocen la existencia de "jueces constitucionales", que pueden ser ordinarios desde la perspectiva orgánica, pero funcionalmente se tornan garantes directos del orden constitucional, en la medida que se ha depositado en ellos una competencia expresa para brindar tutela directa a los derechos fundamentales. En tales modelos, junto a éstos, existen jueces que funcionalmente pueden considerarse "ordinarios" o "comunes", dado que brindan una tutela general a tales derechos en todos los restantes procesos, cualquiera sea el orden jurisdiccional en el que se desempeñen y, especialmente, al interpretar la legislación común en conformidad con éstos.

La diferencia antes anotada, en casos como el chileno, es únicamente funcional, en vista de que son los mismos jueces y tribunales los que están llamados a atender esa dualidad de funciones. En España, por su parte, se observa una mixtura, pues el Poder Judicial se pronuncia sobre los llamados "amparos ordinarios" y el Tribunal Constitucional, respecto del amparo constitucional o extraordinario.

La justicia constitucional y la ordinaria constituyen funciones muy diferentes que, en muchos casos, son atendidas por los mismos órganos jurisdiccionales. Correlativamente, los cauces procesales propios de la jurisdicción constitucional de la libertad, guardan importantes diferencias con los procesos de derecho común. Por tal razón, resulta vital que los órganos jurisdiccionales que la imparten, tengan clara conciencia de tal distinción, con el propósito de cumplir su cometido, teniendo en cuenta el carácter único y especial de los primeros.

Esta necesidad de distinguir entre unos cauces procesales y otros, viene dada, también, por la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, que arranca de su efecto radiante y, en virtud de la cual, conflictos jurídicos gobernados por normas legales u ordinarias pueden acabar transformados en asuntos constitucionales, mediante un ejercicio de interpretación extensiva de aquellos que, por proximidad temática, puedan proyectarse mejor sobre el referido asunto. Esta torsión hermenéutica no persigue otro móvil que aprovechar las ventajas procesales de los amparos, que normalmente poseen un rito procesal privilegiado y otorgan al juez mayores facultades que en procesos de otro tipo.

En base a lo anterior, puede afirmarse que los amparos, en tanto componentes de la jurisdicción constitucional de la libertad, indistintamente del órgano que conozca de ellos y de su carácter ordinario o extraordinario, deben diferenciarse de las demás acciones, recursos y remedios procesales del ordenamiento y, al tiempo, articularse con ellos. Ello, pues, como certeramente afirmó CAPPELLETTI, "la particular naturaleza del objeto de los

derechos fundamentales repercute de diversa manera, tanto en la estructura de las relaciones sustanciales y procesales, como sobre la naturaleza y los efectos de la resolución que declara fundado el recurso contra el acto inconstitucional"[410].

Esta distinción y coordinación entre amparos y remedios ordinarios, puede operar sobre la base de dos principios: especificidad y exclusividad. Éstos se traducen, respectivamente, en que el diseño procesal de los amparos debe ser acorde al importante fin perseguido y a la particularidad de los bienes en juego (especificidad) y en el establecimiento de barreras o filtros que limiten el acceso a estas vías procesales, si se formulan pretensiones distintas de la preservación o restablecimiento de los derechos fundamentales (exclusividad). Ambos principios representan la cara positiva y negativa del concepto mismo de amparo.

Esta diferenciación, en el caso de un sistema coherente y que funciona coordinadamente, como acontece con el español, puede resultar redundante o innecesaria, pero es de trascendental utilidad en modelos en los cuales la línea divisoria entre asuntos ordinarios y constitucionales no se encuentra claramente trazada, como el chileno.

2.2.4.1. Objetivos de la distinción y articulación entre jurisdicción constitucional de la libertad (amparos) y justicia ordinaria (procesos comunes)

La separación entre jurisdicción constitucional de la libertad y justicia ordinaria, pretende asegurar tres objetivos valiosos para el funcionamiento global de la administración de justicia, los que se encuentran íntimamente imbricados entre sí, además de vinculados con los principios de especificidad y exclusividad antes mencionados. Tales objetivos son: 1) propiciar una adecuada división del trabajo entre los tribunales; 2) evitar el siempre latente peligro de sobrecarga de la jurisdicción constitucional; y 3) fomentar la *self-restraint* (entendida como "autolimitación") del juez constitucional, ofreciendo deferencia a los demás órganos estatales, incluidos los jueces ordinarios.

[410] A este respecto, indica Cappelletti que "la particular naturaleza del objeto de los derechos fundamentales repercute de diversa manera, tanto en la estructura de las relaciones sustanciales y procesales, como sobre la naturaleza y los efectos de la resolución que declara fundado el recurso contra el acto inconstitucional." CAPPELLETTI. Ob. Cit., p. 21.

2.2.4.1.1. Primer objetivo: propiciar una adecuada división del trabajo entre los tribunales

Este objetivo se explica mejor en aquellos sistemas que poseen un Tribunal o Corte Constitucional, que encabeza la jurisdicción constitucional y del que pueda recabarse el pronunciamiento último sobre los amparos[411]. Ello, pues en tales modelos -aunque no exclusivamente en ellos- la intervención del juez constitucional supone el ejercicio de facultades exorbitantes en relación a las del juez ordinario, tanto en la conducción del proceso como en la adopción de medidas de resguardo. Además, la actuación del Tribunal Constitucional, como órgano con especial conocimiento técnico en la materia, es otro factor que cualifica el tipo de cognición que se ejerce por intermedio de los amparos.

De esa forma, la intensidad y detención que impone el examen del asunto debatido, así como la importancia del objeto protegido, demandan un denodado esfuerzo, que torna aconsejable una división de tareas entre los asuntos constitucionales de naturaleza iusfundamental y aquellos de menor complejidad o trascendencia.

Por ello, como señala HÄBERLE, tal división "se hace y puede hacerse efectiva, en forma de Derecho procesal constitucional", el que se erige en el "Derecho para el trabajo" en la jurisdicción constitucional[412].

A su turno, indica REQUEJO PAGÉS, la idea de separar las funciones, concibiendo a los tribunales comunes como guardianes primarios de los derechos y a los amparos como instrumentos de *última* o *extrema ratio*, no busca tanto "propiciar el pronunciamiento del Juez ordinario, sino hacer innecesario el del Juez constitucional"[413].

---

[411] Justamente, esta es una de las excepcionalidades que presenta el modelo chileno, pues, aunque éste presenta una jurisdicción constitucional de la libertad separada del control de constitucionalidad de las leyes, en ella el Tribunal Constitucional no interviene como adjudicador último en sede de amparo. En tal sentido, ha dicho Cazor: "En fin, otra cuestión de importancia que debe ser considerada en el tema de la jurisdicción constitucional chilena es la imposibilidad del Tribunal Constitucional para conocer de requerimientos de los particulares en materia de tutela de derechos fundamentales. Asunto de vital trascendencia, toda vez que, de ello, se constata un verdadero déficit de derechos fundamentales en este ámbito, derivado principalmente de la estructura y atribuciones que se le conceden al Tribunal en el sistema de control instaurado". Ver: CAZOR ALISTE, Kamel. "La jurisdicción constitucional en Chile". *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. XII, 2001, p. 106.

[412] Aunque Häberle formula estas referencias en relación al Tribunal Constitucional Federal alemán, por su universal aplicabilidad, se predican respecto de la jurisdicción constitucional de la libertad, en términos generales. Ver: HÄBERLE, Peter. "El Derecho procesal constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional". En su: *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Lima: Palestra, 2004, p. 36.

[413] Requejo Pagés se refiere al recurso de amparo constitucional, pero tales reflexiones son tan válidas respecto de dicho instituto como de cualquier otro que cumpla el mismo fin. Ver: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. "La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones: los recursos de amparo mixtos". *Revista Española de Derecho Constitucional vol. 66*, 2002, p. 202.

2.2.4.1.2. Segundo objetivo: evitar la utilización desmedida de la justicia constitucional

La distinción entre asuntos propios de la jurisdicción constitucional de la libertad y los de la justicia ordinaria busca, también, evitar el siempre latente riesgo de una sobrecarga de la primera. La naturaleza privilegiada de la tutela que se brinda por intermedio de los amparos, así como la fuerza que envuelve la respuesta jurisdiccional derivada de su ejercicio, crea un fuerte incentivo a intentar transformar, en último término y mediante una interpretación extensiva de las cláusulas iusfundamentales *(vis expansiva)*, cualquier conflicto ordinario en uno de derechos fundamentales *(vis atractiva)*.

Todo esto representa un importante desafío para los poderes llamados a configurar procesalmente los amparos, especialmente el legislador, pues -como observa REQUEJO PAGÉS- la instrumentalización de los amparos "no es sólo legítima, sino, además, consustancial a la lógica misma de tales mecanismos de garantía de la juridicidad"[414], los cuales pueden emplearse como "un instrumento al servicio de cualquier fin, incluso con ánimo puramente dilatorio"[415].

La tendencia a la sobreutilización de la jurisdicción constitucional de la libertad debe ser atemperada, en función de resguardar la economía procesal, procurando que no se haga un ejercicio abusivo de los instrumentos de tutela directa y buscando evitar -como dijo MEDINA RUBIO- "el supuesto caótico de que todas las situaciones subjetivas puedan ser susceptibles de protegerse por procedimientos extraordinarios"[416].

2.2.4.1.3. Tercer objetivo: fomentar la *self-restraint* (o autocontención) de los jueces constitucionales de la libertad

Como tercer objetivo, esto es, fomentar la *self-restraint* (entendida como "autocontención") de los jueces constitucionales de la libertad, resulta capital que éstos ofrezcan deferencia a los demás órganos estatales, incluidos los jueces ordinarios. En esta

[414] Ibídem, p. 195.
[415] Ibídem.
[416] MEDINA RUBIO, Ricardo. "La idea de amparo y el principio de subsidiariedad". *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho,* vol. 1, 1982, p. 283.

línea, los amparos no pueden constituir la regla general, pues suponen atribuciones excepcionales para los jueces constitucionales, que les permiten revisar, paralizar y hasta dejar sin efecto las decisiones de otros entes públicos. Así, como indicara VON MÜNCH, "por razones de seguridad jurídica sólo excepcionalmente pueden ser cuestionadas las decisiones formalmente válidas o firmes de otras autoridades o tribunales"[417].

De esta manera, la especificidad y exclusividad de la jurisdicción constitucional de la libertad, permiten reservarla para asuntos que verdaderamente ameriten un pronunciamiento de sus jueces. La aplicación de tales principios, repercute favorablemente en la división de poderes, permitiendo que no se vea innecesariamente obstruido el cumplimiento de las tareas a que están llamados otros funcionarios.

Por otra parte, esta distinción entre los asuntos también garantiza el normal desenvolvimiento de las actividades de la sociedad civil, las que también pueden verse fuertemente impactadas por las decisiones libradas en sede de amparo, dada la ubicuidad de los derechos fundamentales en la vida social. Como ha señalado HÄBERLE, en esta materia, el Derecho procesal constitucional constituye una regulación que no sólo repercute en la justicia constitucional, sino también en "las demás funciones del Estado, los ciudadanos y los grupos de la sociedad civil, la ciencia y la opinión pública"[418].

Con lo dicho, la distinción entre asuntos ordinarios y constitucionales resulta no sólo conveniente, sino necesaria para el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, sea cual sea la configuración que ésta presente en un ordenamiento dado. De esa manera, la especificidad y exclusividad de los amparos, son máximas que coadyuvan en tal diferenciación.

Los principios enunciados no sólo pretenden describir el funcionamiento de los amparos en diferentes sistemas, sino también prescribir una forma de coordinación y articulación de éstos con los remedios ordinarios, trazando, con ello, una primera frontera entre la justicia ordinaria y la jurisdicción constitucional de la libertad.

[417] Dicha formulación ha sido tomada por el autor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Ver: VON MÜNCH, Ingo. "El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania". *Revista de Estudios Políticos*, vol. 7, 1979, p. 277.
[418] HÄBERLE. Ob. Cit., 2004, p. 38.

2.2.4.2. Principio de especificidad de los amparos: regla procesal de la especialidad

La especificidad de los amparos implica que su configuración procesal debe reflejar la particularidad y trascendencia de los derechos fundamentales, elementos que constituyen su objeto preciso.

Esta especificidad puede traducirse en distintos rasgos procedimentales, entre los que cabe enumerar: una tramitación célere, la posibilidad de adoptar de medidas o providencias (cautelares o definitivas) excepcionales para restablecer o preservar el derecho, una priorización de este expediente por sobre otros asuntos de que deba conocer el órgano respectivo, un régimen probatorio diferenciado y/u otros ajustes de similar naturaleza. De este modo, la especificidad que demandan los procesos de amparo, se operativiza a través de una regla de especialidad procesal.

La especialidad es una característica que, en Derecho Procesal, se atribuye a todos aquellos procesos "que se establecen, bien para conocer de pretensiones que tienen objetos específicos, bien para enjuiciar a personas determinadas, quedando su uso limitado al concreto objeto o persona que marca la ley"[419].

La especialidad de ciertos procedimientos equivale a considerarlos "tutelas privilegiadas", dado que tienen una tramitación más sencilla y expedita que la de los procesos ordinarios o porque, a través de ellos, pueden disponerse medidas, definitivas o cautelares, de excepcional intensidad[420].

En el caso de los derechos fundamentales, por la máxima importancia de su objeto[421] y la especial posición que ocupan en el sistema jurídico, es natural que las vías jurisdiccionales destinadas a su amparo estén configuradas como procesos especiales. En éstas, el *petitum* que se hace valer, se traduce en el restablecimiento o preservación de un derecho fundamental, lo que es concordante con la "cognición limitada"[422] que se abre por su intermedio y que queda restringida a ese preciso objeto.

---

[419] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silva y MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional. I Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 241.
[420] Ibídem.
[421] Esta característica se entiende en el sentido que le atribuye Alexy, cuando señala, respecto de la máxima importancia del objeto de los derechos fundamentales, que ello es así, dado que, por su intermedio, "se decide acerca de la estructura básica de la sociedad". ALEXY. Ob. Cit., 2009a, p. 34.
[422] El profesor Marc Carrillo describe, de esa manera, los procesos de amparo ordinario, lo que se avendría a su naturaleza de procedimiento "sumario". Esta conclusión, sin embargo, puede extenderse a todas las vías de amparo. Ver más en: CARRILLO, Marc. "La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 11, 1992, p. 85.

Por otra parte, los amparos, en tanto procesos especiales, admiten una clasificación dependiendo de la amplitud de las posiciones jurídicas tuteladas por su intermedio, pudiéndose distinguir entre procesos especiales-genéricos y procesos especiales-particulares[423].

Los primeros son aquellos que constituyen fórmulas especiales de enjuiciamiento cuyo objeto es la tutela de un amplio abanico de derechos fundamentales. Esto ocurre en España con el recurso de amparo constitucional o las diversas fórmulas de enjuiciamiento preferentes y sumarias que constituyen el amparo ordinario. También, en Chile, la acción constitucional de protección, en principio, cabría en esta categoría, al igual que el procedimiento de tutela laboral, el que, si bien aplica sólo a conflictos de esa rama del ordenamiento, ampara un nutrido catálogo de derechos fundamentales que podrían verse afectados en el marco de la relación de trabajo.

A su turno, los procesos especiales-particulares, son aquellos que han sido singularmente delineados para proteger algún derecho en concreto o un grupo de derechos estrechamente ligados por su naturaleza, lo que se justifica por las particularidades de los actos que pueden generar su lesión[424]. Entre éstos, tanto en Chile como en España, se cuenta el hábeas corpus. En el caso chileno, además, caben en esta categoría: el procedimiento de hábeas data, el de amparo económico o el antidiscriminatorio de la Ley 20.609, entre otros. Por su parte, en el caso español, se cuentan entre éstos: el proceso para ejercer el derecho de rectificación (Ley Orgánica 2/1984) o los amparos electorales (Ley Orgánica 5/1985), entre otros.

Del modo presentado, la especialidad, más que una regla negativa o excluyente, es una positiva. Ésta equivale a afirmar que las vías procesales para conocer sobre conflictos cuyo objeto preciso sean los derechos fundamentales, ameritan un tratamiento diferenciado, más intensivo en cuanto a sus medidas y, en algunos aspectos, más ventajoso que la regulación ordinaria a que están sujetos los demás asuntos.

[423] Esta distinción se construye sobre la base de la propuesta formulada por varios profesores españoles, quienes distinguen las garantías especiales, a las que denominan "sectoriales", en generales y específicas. Ver, al efecto: GARCÍA MORILLO, Joaquín; ESPÍN, Eduardo; LÓPEZ GUERRA, Luis et. al. *Derecho Constitucional. Volumen I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 433
[424] Ibídem.

2.2.4.3. Principio de exclusividad de los amparos: filtros procesales

Lograr la exclusividad de los amparos es un propósito ambicioso y complejo de alcanzar. Como ya se ha señalado, existe una constante tendencia a intentar ampliar el ámbito de aplicación de la jurisdicción de la libertad, por las ventajas procesales de que gozan sus instrumentos y por la intensidad de las medidas que puede disponer la magistratura respectiva. Por ende, a diferencia de la especialidad, que busca adscribir asuntos al radio propio de los amparos, la exclusividad es una regla negativa, que busca dejar fuera aquellos conflictos que no tengan una naturaleza estrictamente constitucional, de tipo iusfundamental.

Los diversos ordenamientos exhiben una relativa convergencia en esta materia, al intentar incesantemente establecer la exclusividad de las vías procesales de amparo, mediante la implantación de ciertos principios, que operan como "filtros"[425] o barreras de acceso a éstas. Tales filtros procesales reciben distintas denominaciones y suelen tener diferentes alcances, dependiendo del ordenamiento jurídico y entre ellos, es posible enumerar: la definitividad, la subsidiariedad residualidad y la supletoriedad.

Asimismo, cabe señalar que, en ciertos sistemas, algunos de estos filtros procesales se consideran equivalentes y, por tanto, dos o más de sus denominaciones se emplean como sinónimos. En otros sistemas, se distingue entre ellos, pero se combinan, en función de maximizar su eficacia. Finalmente, existen ordenamientos que sólo reconocen uno de los filtros procesales mencionados, el que se considera suficiente para asegurar la exclusividad de una o más de sus vías de amparo.

A continuación, se analizarán los principios que operan como filtros procesales y sus interacciones en distintos ordenamientos, omitiendo deliberadamente toda referencia a los casos chileno y español, pues este punto será abordado, con especial atención, en los respectivos capítulos.

En la reflexión que sigue, se recurrirá reiteradamente a ordenamientos latinoamericanos, circunstancia que se explica, principalmente, por la nutrida presencia de amparos en dicho contexto geográfico, situación que contrasta con Europa, área en la que -como ya se ha indicado- los mecanismos de la jurisdicción constitucional de la libertad resultan más bien excepcionales.

[425] Tal expresión aparece usada, ya en 1975, por Cascajo Castro. Ver: CASCAJO CASTRO, José Luis. "La jurisdicción constitucional de la libertad". *Revista de Estudios Políticos*, vol. 199, 1975, pp. 172 y 175. En el mismo sentido, VON MÜNCH. Ob. Cit, p. 280; y, también, MEDINA RUBIO. Ob. Cit., p. 283.

2.2.4.3.1. Principio de definitividad como filtro procesal

Considerada en México como un principio basal del amparo, la definitividad se traduce en que dicho remedio "sólo procede contra actos definitivos, es decir aquellos respecto de los cuales no hay un juicio, recurso o medio ordinario de defensa susceptible de revocarlo, anularlo o modificarlo"[426]. Ésta se encuentra normativamente prevista, dentro de la extensa regulación del artículo 107 de la Constitución federal, así como en los artículos 61 y 171 de la Ley de Amparo. Este principio ha sido desarrollado, además, mediante diversos lineamientos fijados por la Suprema Corte de Justicia.

No obstante, las mismas fuentes jurídicas arriba mencionadas han establecido generosas excepciones a la definitividad, las cuales han acabado ensanchando la procedencia de este mecanismo de jurisdicción constitucional, en reemplazo de otras vías ordinarias. Por ello, y a pesar de que se afirma teóricamente que el amparo mexicano es un "medio extraordinario de defensa"[427], lo cierto es que, en la práctica, tan crucial como la definitividad "es la actualización de los supuestos que permiten salvar dicho principio con el fin de evitar los medios ordinarios de las distintas vertientes materiales del proceso de amparo"[428].

Haciendo un juicio comparativo sobre la definitividad, FERRER MAC-GREGOR indica que ésta equivale a la subsidiariedad que exhibe el modelo español[429], afirmación que debe entenderse más referida a la idéntica finalidad perseguida por ambas categorías que a la forma en que operan, punto en que las dos presentan notorias diferencias.

---

[426] MARTÍNEZ ANDREU, Ernesto. "Los principios fundamentales del juicio de amparo. Una visión hacia el futuro". En: GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *El Juicio de Amparo. A 160 años de la primera sentencia*. Tomo I. México: Universidad Autónoma de México, 2019, p. 690.

[427] Ibídem.

[428] PÉREZ LÓPEZ, Miguel. "Oscilaciones entre el amparo y la jurisdicción administrativa: Notas sobre la jurisprudencia dedicada a la excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo administrativo (el nuevo criterio de 2007)". *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 41, N° 123, 2008, pp. 1595-1596.

[429] FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. El principio de subsidiariedad en el recurso de amparo español. *Revista Ars Juris*, vol. 23-24, 2000, p. 220.

2.2.4.3.2. Principio de subsidiariedad como filtro procesal

Aparece, por primera vez, bajo ese nombre, en el ordenamiento alemán, como un principio definitorio de la *Verfassungsbeschwerde*. Su denominación (en alemán, *Subsidiarität*) evoca, entre otras ideas, el principio organizativo de las competencias propio de los federalismos[430], cuestión que no obedece a una simple anfibología.

En efecto, el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado que, antes de resolver sobre los amparos, debe tener la oportunidad de "conocer la perspectiva del caso y la concepción legal de los Tribunales, especialmente de las respectivas Cortes Supremas Federales"[431]. De esa forma, el amparo de ese sistema tiene como premisa que el juez más cercano, normalmente del fuero estadual, sea quien esté llamado a remediar primero una violación de derechos y que, sólo una vez agotados los niveles jurisdiccionales superiores, sean estatales o federales, el caso pueda alzarse en amparo ante el Tribunal de Karlsruhe. De esa forma, la subsidiariedad de la *Verfassungsbeschwerde* es, en alguna medida, una expresión de la subsidiariedad federal[432].

El carácter dinámico que presenta dicho principio de reparto competencial en el sistema alemán, explicaría, también, el manejo flexible y racionalizado que hace el Tribunal Constitucional federal de sus poderes, en los términos descritos por HÄBERLE,

[430] Sobre esta idea, ya discurría Kelsen, al afirmar que el respeto por las competencias propias de cada ámbito, estadual y central, es el principio básico del federalismo y que éste "no puede ser realizado mejor que por un Tribunal Constitucional". KELSEN. Ob. Cit., 2001, pp. 105-106.

[431] Es la traducción que realiza Häberle del fallo BVerfGE 9,3. HÄBERLE. Ob. Cit., 2004, p. 45. La sentencia está disponible en: https://www.servat.unibe.ch/tools/DfrInfo?Command=ShowPrintText&Name=bv009003. (fecha de visita: 16 julio, 2023)

[432] En relación al carácter dinámico de la subsidiariedad federal alemana, De Areilza, dijo: "La subsidiariedad alemana ha contribuido al difícil equilibrio que supone mantener la separación vertical de poderes federal y al tiempo relativizarla, permitiendo la intervención de la federación siempre que sea necesario para el interés general, algo que en Alemania se ha decidido desde la federación misma, aunque con la participación de los Estados en el Bundesrat. De este modo, si bien se enunciaba en los años cincuenta como un principio eminentemente jurídico, supuestamente consagrado en el artículo 72 de la Ley Básica, hasta ahora la subsidiariedad en Alemania no ha sido una regla estricta, sino que ha ayudado a que sea el proceso político federal el que decida la evolución de los límites jurisdiccionales federales y estatales. En nombre de la subsidiariedad se ha argumentado tanto a favor de la devolución de poderes a los Estados como a favor de la interpretación extensiva de los poderes federales. Desde un punto de vista ideológico, y como ha señalado Adonis recientemente, la subsidiariedad ha contribuido dentro de la democracia cristiana alemana a la reconciliación entre el individualismo que resiste la excesiva intervención con una sensibilidad social que muchas veces la justifica." DE AREILZA CARVAJAL, José María. "El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 15, N° 45, 1995, p. 66.

quien le atribuye a dicho órgano el mostrarse como moderado o activista, según el objeto o momento lo demanden[433].

Más allá de lo dicho, la subsidiariedad que caracteriza al amparo ante el Tribunal Constitucional federal -como ya se ha dicho- supone que la tutela de los derechos fundamentales debe recabarse primero de los tribunales ordinarios y que aquél no es una instancia de "superrevisión jurídica ni fáctica" de lo decidido por éstos, en lo relativo a la legalidad ordinaria, sino una vía extraordinaria de protección de tales derechos[434]. Esta tarea se ve facilitada y la subsidiariedad envuelta en ella, reforzada, dada la existencia de Tribunales Constitucionales en los estados federados (Länder), los que pueden ir solucionando algunas de las violaciones denunciadas. De ese modo, se evita que muchos conflictos iusfundamentales lleguen al Tribunal Constitucional federal o, al menos, se depura el objeto procesal sobre el que más tarde éste tendrá que pronunciarse[435].

Por su parte, en Latinoamérica, Colombia fue uno de los primeros ordenamientos en establecer la subsidiariedad como principio y filtro procesal en los amparos. Ésta rige en la acción de tutela prevista por el artículo 86 de la Constitución colombiana, cuya función es la protección de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y también, en algunos casos, frente a particulares. La resolución de dicho amparo queda entregada, en última instancia, a la Corte Constitucional, según lo preceptuado por el artículo 241 numeral 9º de la referida Carta[436].

A la luz de la subsidiariedad, la tutela colombiana queda restringida, como regla general, a casos en que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"[437]. De ese modo, siguiendo a CARRERA SILVA, puede afirmarse que la

[433] HÄBERLE. Ob. Cit., 2004, pp. 36-38.
[434] LIMBACH. Ob. Cit., p. 21.
[435] Para un estudio más acabado sobre este asunto, ver por todos: DEGENHART, Christoph. "Los tribunales constitucionales de los Länder alemanes como garantes de su autonomía". *Revista catalana de dret públic*, vol. 39, 2009, pp. 135-164.
[436] El artículo 241-9 de la Constitución colombiana, estatuye: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales". Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/col (fecha de visita: 07 junio, 2023)
[437] El artículo 86 de la Constitución colombiana, prescribe: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

referida acción es "subsidiaria o residual, específica, inmediata, sencilla o informal, eficaz, preferente y sumaria."[438]

2.2.4.3.3. Principio de residualidad como filtro procesal

El principio de residualidad, conocido bajo esa denominación en el ordenamiento peruano, busca situar al amparo que reconoce dicha legislación como un mecanismo extraordinario, evitando -en palabras de EGUIGUREN PRAELI- "que se lleve a esta vía extraordinaria asuntos ajenos al contenido relevante y esencial constitucionalmente protegido del derecho invocado, los que pueden resolverse por las vías judiciales ordinarias o específicas o el proceso arbitral"[439].

La residualidad se presenta como una característica antónima a la "alternatividad"[440], entendida como la posibilidad de que el amparo se alce como una "vía paralela"[441] a las tutelas ordinarias, quedando en manos del actor ejercer éstas o aquélla.

Definiendo dicho concepto positivamente (es decir, ya no desde lo que busca prohibir, sino desde la finalidad que busca alcanzar) se ha dicho que es un dispositivo para garantizar la excepcionalidad del amparo y que se colma una vez satisfechas otras dos reglas: la definitividad, en virtud de la cual el amparo sólo es procedente cuando se han agotado todos los mecanismos ordinarios para reparar la lesión y ello no ha sido posible, y la subsidiariedad, que opera "cuando en la vía judicial ordinaria no existe otro mecanismo de protección idóneo"[442].

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión". Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/col (fecha de visita: 07 junio, 2023)

[438] CARRERA SILVA, Liliana. "La acción de tutela en Colombia". *Revista IUS,* vol. 27, 2011, p. 80

[439] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La opción por un amparo 'estricto' y 'residual' en el Perú. *Estudios Constitucionales,* vol. 4, N° 2, 2006, p. 72.

[440] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser". *Justicia Constitucional: Revista de jurisprudencia y doctrina,* vol. 1, N° *2,* 2005, p. 105.

[441] EGUIGUREN PRAELI. Ob. Cit., pp. 69 y 76.

[442] CASTILLO CÓRDOVA. Ob. Cit., p. 106.

2.2.4.3.4. Principio de supletoriedad como filtro procesal

Por su parte, en Argentina, la exclusividad de la jurisdicción constitucional de la libertad se resguarda mediante el principio de supletoriedad, el que se traduce, según MARANIELLO en una exigencia, para quien endereza un amparo, de "demostrar, siquiera a *prima facie*, que no tiene otros procedimientos útiles para proteger su derecho constitucional"[443].

En tal sentido, el artículo 43 de la Constitución federal, hace procedente dicho remedio "siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo"[444]. El texto de la Carta ha suscitado debates, en general, respecto de la amplitud del amparo y, en específico, en relación a si el agotamiento de la vía administrativa es, también, exigible para la interposición del amparo o si tal supletoriedad debe interpretarse restrictivamente, como referida, en forma exclusiva, a las acciones judiciales[445]. Por otro lado, se ha dicho que la naturaleza "más idónea" del amparo frente a otros medios procesales, es un asunto que queda entregado casi por entero al criterio del juzgador, en cada caso concreto[446].

En el caso argentino, la doctrina parece tomar como equivalentes los conceptos de supletoriedad, residualidad y subsidiariedad para designar la misma exigencia[447]. La excepción viene dada por BIDART CAMPOS, para quien tal sinonimia es objetable, al insistir que el amparo argentino se caracteriza por "su carácter *subsidiario*, no supletorio de otras vías"[448] y, lo anterior, en vista de que "si acaso el amparo fuera una vía procesal *sustitutiva* de las demás habría que decir que cada persona estaría en condición de elegir la vía de su preferencia, lo que sin duda arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo"[449].

---

[443] MARANIELLO. Ob. Cit., p.15.

[444] CONSTITUCIÓN ARGENTINA. Artículo 43. Disponible en: https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap2.php#:~:text=%2D%20Todos%20los%20habitantes%20gozan%20del,tienen%20el%20deber%20de%20preservarlo. (fecha de visita: 07 de junio, 2023)

[445] BARONE, Lorenzo. "La subsidiariedad hoy". *Cuadernos De Derecho Público*, vol. 1, 2019, pp. 47-66.

[446] Ibídem, p. 50-51.

[447] Así, por ejemplo, Maraniello indica: "El amparo cumple entonces un papel supletorio, subsidiario o residual: no opera si hay otras rutas procesales idóneas para atacar la lesión o amenaza." Ver: MARANIELLO. Ob. Cit., p. 15. En el mismo sentido, SAGÜÉS, Néstor Pedro. "El derecho de amparo en Argentina". En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *El Derecho de Amparo en el mundo*. México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 62.

[448] BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Tomo VI. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 312.

[449] BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 2010, p. 377.

2.3. La garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales -como ya se ha señalado- no sólo constituyen derechos subjetivos o atributos que "garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia"[450], sino que, además, "son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho"[451].

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales tiene una importancia que excede largamente al mero interés de los titulares de posiciones iusfundamentales y su garantía jurisdiccional consiste en fijar jurisprudencialmente el sentido de lo constitucionalmente adecuado respecto de tales derechos, en función de dar concreción a los lineamientos político-institucionales básicos, definidos por el constituyente y que estructuran a la sociedad regida por la Constitución que los proclama.

En la misma línea, siguiendo a CAPPELLETTI, cabe señalar que los derechos fundamentales se atribuyen a un individuo, pero "éstos están dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad"[452]. Por ello, su defensa jurisdiccional, además de poseer una dimensión individual, posee una trascendencia "ultra-individual", originada en la jerarquía de su objeto[453].

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales se caracterizan -en palabras de ALEXY- por su "indeterminación" [454], la concreción que demandan, es posible de satisfacer a través de la hermenéutica constitucional. Dicha tarea no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales, pues también el legislador y la administración pueden interpretar y desarrollar los derechos fundamentales, pero cuando ella es cumplida por los jueces y tribunales, se establecen pautas que orientan al resto del aparato estatal y que, además, se integrarán en el parámetro a aplicar cuando se ejerza control sobre los demás órganos estatales.

Los órganos jurisdiccionales van construyendo progresivamente el significado objetivo de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia. De ese modo, si en

[450] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 25/1981; 13 de agosto de 1981. F.J. 5°. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25 (fecha de visita: 03 julio, 2023)
[451] Ibídem.
[452] CAPPELLETTI. Ob. Cit., p. 18.
[453] Ibídem, p. 21.
[454] ALEXY. Ob. Cit., 2009a, p. 35.

un ordenamiento existen mecanismos procesales especiales para la tutela directa de derechos fundamentales (amparos), lo que se resuelva en esa sede, se torna crucial para su significado objetivo. En caso contrario, la hermenéutica desarrollada sobre tales derechos a raíz del control de constitucionalidad de la ley y, también, en los procesos ordinarios, cobra una mayor trascendencia.

El significado objetivo de los derechos fundamentales va adquiriendo concreción a través de pronunciamientos judiciales, en los que normalmente existe un interés particular envuelto. La cristalización de una doctrina sobre la significación político-institucional de los derechos, paradójicamente, va operando a través de casos singulares. De ese modo, la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales produce la recíproca interrelación entre sus dos dimensiones.

Concordante con lo anterior, GARCÍA PELAYO expuso que "defender los derechos o pretensiones subjetivas garantizadas por la Constitución significa concretizar la defensa del orden constitucional objetivo, y defender a éste significa defender los derechos y pretensiones que ampara: lo abstracto vive en lo concreto, y lo concreto es la específica articulación en un caso de notas abstractas"[455]. En el mismo orden de ideas, como subraya HÄBERLE, la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales no sólo involucra su faz subjetiva, sino que "asegura el Derecho Constitucional objetivo", interpretándolo y perfeccionándolo[456].

Del modo anterior, se considera que la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, debe tender a la existencia de criterios uniformes y estables, en beneficio de la certeza jurídica. En tal sentido, la construcción de instrumentos de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, requiere satisfacer ciertas condiciones mínimas, derivadas de que -en palabras de ALEXY- "su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia"[457].

Para el funcionamiento coherente de un sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto en su vertiente subjetiva como objetiva, resulta crucial la existencia de criterios jurisprudenciales previsibles, uniformes y estables. A su turno, para

[455] GARCÍA PELAYO, Manuel. "El 'status' del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 1, N° 1, 1981, p. 33.
[456] HÄBERLE, Peter. "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional". En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.) *La justicia constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 257.
[457] ALEXY. Ob. Cit., 2009b, p. 4.

la consolidación de directrices interpretativas sólidas, se requiere contar con un supremo intérprete de los derechos fundamentales, que pueda fijar su significado y alcances de un modo general. Esta labor, vinculada estrechamente a su dimensión objetiva, tiene una importancia capital para todas las restantes funciones estatales y, también, para las actividades de la sociedad civil.

En base a lo expuesto, postulamos que, para garantizar los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, cada ordenamiento debe definir, como mínimo: a) una competencia expresa, atribuida a un órgano jurisdiccional, para que oficie como intérprete supremo de los derechos fundamentales; y b) un cauce procesal a través del cual pueda revisarse la interpretación que los restantes órganos jurisdiccionales sostengan sobre los derechos fundamentales y, eventualmente, obligarles a seguir los lineamientos interpretativos expedidos por su intérprete oficial.

2.3.1. El establecimiento de un órgano jurisdiccional como intérprete supremo de los derechos fundamentales

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, desde su función objetiva, requiere contar con esta definición, la que constituye un elemento cohesivo básico para el ordenamiento jurídico. Definir el órgano que ejercerá la función de intérprete supremo de tales derechos resulta capital, pues, aunque su tutela jurisdiccional es una labor compartida por diferentes magistraturas, es necesario que una de ellas cumpla la tarea de fijar su significado oficial, tributando a la unidad, estabilidad y permanencia hermenéuticas.

En tal sentido, es usual que los ordenamientos que tengan un Tribunal o Corte Constitucional, depositen en dicha magistratura especializada, la competencia para fijar, sin ulterior recurso, la interpretación oficial de los derechos fundamentales. En tales sistemas, como indica LEIBHOLZ, en vista de que el Tribunal Constitucional "se preocupa de que los agentes estatales respeten los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y protege la existencia del orden jurídico libre y democrático, se puede decir de él que es el "supremo guardián de la Constitución"[458].

[458] LEIBHOLZ, Gerhard. "El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política". *Revista de Estudios Políticos,* vol. 146, 1966, p. 89.

Por otro lado, los sistemas que carecen de un Tribunal o Corte Constitucional, suelen radicar tal competencia en el más alto tribunal de su Poder Judicial, sea actuando en pleno o a través de una o más salas especializadas.

Lo asignación de esa misión a uno u otro órgano no es casual. La tarea de interpretar los derechos fundamentales en su sentido objetivo, sin ulterior recurso, es una misión que debe ser cumplida por un órgano jurisdiccional de la más alta jerarquía, no sólo por la trascendencia del objeto interpretado, sino por la necesidad de que tales criterios sean seguidos por los demás poderes constituidos y, en especial, por los restantes jueces y tribunales.

De esa manera -dice DÍAZ REVORIO, parafraseando al juez ROBERT H. JACKSON[459]- indistintamente de qué tribunal cumpla esa función, el intérprete supremo se reputa constitucionalmente "infalible", en el sentido de que "ningún otro órgano puede corregir o rectificar sus decisiones"[460].

Si bien, esta definición orgánica pareciera un asunto natural y obvio, ella no siempre se encuentra presente, como se apreciará más adelante, al abordar el caso chileno. La indeterminación sobre el órgano llamado a cumplir dicho rol, puede agravar las disputas competenciales que normalmente surgen en sistemas que poseen una jurisdicción constitucional y otra ordinaria.

La atribución de dicha competencia a un órgano jurisdiccional determinado no sólo contribuye a dotar de mayor eficacia a los derechos en su dimensión objetiva, sino que, en aquellos modelos que tienen un Tribunal Constitucional, también tributa -como algo se adelantó- a un más claro reparto de tareas entre éste y la Corte o Tribunal Supremo. Finalmente, aunque en los casos alemán, italiano o español, una definición competencial clara no ha evitado que surjan conflictos entre aquellas magistraturas, sí ha servido para detectar los nudos críticos y, finalmente, para la búsqueda de soluciones colaborativas entre éstas[461].

---

[459] En su voto concurrente de la sentencia *Brown v. Allen* de 1953, el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Robert H. Jackson, explica que dicho tribunal no es la instancia final porque sea infalible, sino que su infalibilidad radica únicamente en que sobre ella no hay otro tribunal. La cita exacta es: *"There is no doubt that if there were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final."* CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Brown v. Allen.* 344 U.S. 443; 9 de febrero de 1953. Disponible en: https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/344/443.html. (fecha de consulta: 07 de junio, 2023).

[460] DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "Interpretación de la Constitución y juez constitucional". *Revista IUS*, vol. 10, N° 37, 2016, p. 28.

[461] VON BOGDANDY y PARIS. Ob. Cit., pp. 5-24.

2.3.2. Un cauce procesal para el control de las interpretaciones sobre los derechos fundamentales sostenidas por los demás órganos jurisdiccionales

La fijación de criterios objetivos sobre el significado y los extremos de eficacia de los derechos fundamentales resulta trascendental, a objeto de orientar no sólo la resolución de futuros casos judiciales, sino también la labor de los restantes órganos del Estado, todos los cuales están llamados a llevarlos a su mayor realización. En tal sentido, el control sobre la uniformidad y/o corrección de las interpretaciones llevadas a cabo por los restantes órganos jurisdiccionales se erige en una importante garantía de los derechos fundamentales, entendidos en su función o dimensión objetiva.

De este modo, como indica FERREYRA, la garantía de los derechos fundamentales se traduce en "procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa, la concreta posibilidad de su realización integral"[462] y, de su adecuado funcionamiento, dependerá la eficacia de la Constitución, dado que ésta "cotiza o cotizará lo que coticen o cotizaren sus garantías"[463]. En tal sentido, un cauce procesal destinado al control de las interpretaciones sobre los derechos fundamentales que realicen los demás órganos jurisdiccionales, en función de asegurar su sometimiento a la hermenéutica fijada por el intérprete supremo de aquéllos, constituye una garantía de certeza jurídica.

Este cauce procesal, si bien puede tener un componente de tutela jurídica subjetiva de los derechos fundamentales, debe estar principalmente orientado a una función nomofiláctica. En caso contrario y dado que existe todo un sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales, construido en base a distintos componentes y en diferentes niveles, la adición de un nuevo cauce procesal que nuevamente gire sobre tal finalidad, "supondría una reiteración de lo ya habido"[464]. La idea es que este mecanismo no se entienda "ya como un derecho subjetivo individual, sino como encomienda general y como tarea institucional"[465] del órgano llamado a controlar la interpretación sobre los derechos fundamentales.

En los sistemas que poseen un amparo extraordinario, como España, Alemania y algunos países de Latinoamérica, ese mecanismo constituye la vía para generar la

[462] FERREYRA, Gustavo. "Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los 20 años de la Constitución reformada". *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, vol.* VIII, N° 13, 2013, p. 80.
[463] Ibídem.
[464] WAHL y WIELAND. Ob. Cit., p. 31. La idea del amparo extraordinario como "tarea institucional" del Tribunal Constitucional federal alemán, se reitera en esta obra. WAHL y WIELAND. Ob. Cit., pp. 30 y 34.
[465] Ibídem, p. 33.

jurisprudencia constitucional definitiva sobre los derechos fundamentales y para controlar que la interpretación de los demás órganos jurisdiccionales se avenga a ésta.

En ese mismo contexto, y en vista de que muchos de los instrumentos destinados a garantizar uniformidad jurisprudencial -incluidos los amparos extraordinarios- han ido evolucionando hacia un rol más normativo, se ha alzado un intenso debate. En ese sentido, en el Derecho procesal constitucional, se han desarrollado las que HÄBERLE ha denominado "técnicas de objetivación"[466], cuya finalidad es racionalizar la carga de trabajo de los jueces constitucionales y acotar la procedencia de los amparos planteados ante el intérprete supremo de los derechos fundamentales, reservándolos mayormente para asuntos de relevancia constitucional objetiva.

Los argumentos a favor de la preeminencia de la tutela subjetiva en los amparos o de su objetivación en el último grado de jurisdicción, reproducen, en gran medida, las posturas que, en el derecho procesal común, se han formulado respecto de la función que debe cumplir el recurso de casación en cada sistema jurídico[467]. Por ello, no en vano se ha dicho, en varios ordenamientos, que cuando el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema respectiva falla sobre la concesión o denegación de amparo, sin ulterior recurso, dicho cauce se comporta como una suerte de "casación constitucional"[468].

En algunos sistemas, parte de la doctrina aboga por la adopción de un sistema de libre selección de casos por parte del órgano que cumple esta tarea nomofiláctica, en función, por un lado, de evitar el embotellamiento que suele darse en tales sedes, por el intento de los litigantes de no dar por terminado un proceso hasta no haber agotado el último remedio procesal disponible y, por otro, de transparentar la selección encubierta y previa que tales órganos realizan incluso antes del proceso de admisión formal. Como

[466] HÄBERLE. Ob. Cit., 2004, pp. 40-43.

[467] Esta parte del debate sobre el rol de la casación, esencialmente se refiere a su naturaleza como mecanismo de garantía de la legalidad objetiva (*ius constitutionis*) o subjetiva (*ius litigatoris*). Al efecto, ver por todos: TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*. Lima: Palestra, 2005, pp. 22-26.

[468] Precisamente sobre este punto, es notable la discrepancia suscitada en España entre Manuel Aragón y Francisco Rubio Llorente, sobre el rol del amparo constitucional como casación constitucional. Ver más en: ARAGÓN REYES, Manuel. "Problemas del Recurso de Amparo". En: PÉREZ TREMPS, Pablo (coord.) *La reforma del Recurso de Amparo*. Valencia y Madrid: Tirant Lo Blanch y Universidad Carlos III, 2004, pp. 148-150; y RUBIO LLORENTE, Francisco. "El recurso de amparo constitucional". En: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (coord.) *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 -1994*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 166. En Argentina, por su parte, la Corte Suprema cumple la función de "casación constitucional" a través del recurso de casación general, en el caso de "sentencias arbitrarias" y respecto de las demás normas inferiores, mediante el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, en sus modalidades local y federal. BARONE, Lorenzo. "La dimensión convencional del recurso extraordinario de inconstitucionalidad local". *Revista de la Facultad (Córdoba),* vol. 8, N° 2, 2017, pp. 156-157, 159 y 161.

expresan WALH Y WIELAND, a la luz de los hechos, se revela "como imprescindible una selección entre los diversos recursos que pretenden esa tutela jurídica, que debe regirse por los criterios de la importancia para el individuo y para el conjunto de individuos, así como por la proximidad a cuestiones centrales que planteen los derechos fundamentales.[469].

Más allá de los caracteres que revista la vía procesal en cuestión, la función hermenéutica desplegada en ella, resulta esencial para configurar los derechos fundamentales, dotándolos de una profundidad que los escuetos enunciados constitucionales no proveen por sí solos, permitiendo -como ya se ha dicho- fijar pautas para los demás órganos jurisdiccionales, poderes estatales, grupos de la sociedad civil e individuos. Tal interpretación permite su concreción, evolución y ajuste a las nuevas circunstancias, sirviendo, además, de guía para el desempeño de los cometidos de los restantes órganos estatales. Por tanto, un remedio que permita unificar y/o corregir la hermenéutica de los derechos fundamentales aparece como altamente necesario, a la luz de su dimensión objetiva.

[469] WAHL y WIELAND. Ob. Cit., p. 32.

Conclusiones del segundo capítulo

La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales es una tarea compartida por todos los jueces y tribunales, de los distintos fueros y órdenes jurídicos. Por su parte, la jurisdicción constitucional, indistintamente de quien la ejerza, es una de las vías por las que se cumple dicha tarea, la que se materializa a través del control de constitucionalidad de la ley y, si el ordenamiento respectivo los posee, también a través de los cauces de tutela directa de tales derechos, a los que genéricamente hemos denominado "amparos".

Dado que los derechos fundamentales son derechos subjetivos y, a la vez, constituyen normas objetivas que representan valores definidos constitucionalmente, su tutela jurisdiccional debe estar configurada de un modo que permita garantizarlos en ambas dimensiones.

Para garantizar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva, existe un sistema compuesto de diversos dispositivos procesales, ordinarios y especiales, en manos de distintos jueces y tribunales, que contribuyen a dicha misión. A su turno, para garantizarlos en su dimensión objetiva, lo normal es que se establezca un órgano competente para desarrollar su interpretación oficial o definitiva y, también, uno o más dispositivos procesales que le permitan fijar tales pautas hermenéuticas. En algunos casos, problemas de diseño de estos institutos de garantía se han traducido en el refuerzo de una dimensión a costa de la otra, lo cual acarrea, a la larga, disfunciones en la administración de justicia. Todo análisis de dicho andamiaje jurídico permite corregir sus desperfectos y propender al equilibro entre ambas dimensiones iusfundamentales.

La incorporación de una función de garantía de los derechos fundamentales ha tenido repercusiones en todo el ordenamiento jurídico. La asunción de tal tarea ha tenido importantes repercusiones de orden procesal, las que se han dejado sentir en la justicia constitucional, produciendo una verdadera revolución en la misma. Los dos grandes modelos clásicos aparecen claramente apartados de su configuración original, modificación que se explica principalmente por el advenimiento del paradigma de la Constitución normativa y el auge de los derechos fundamentales.

La idea de una justicia constitucional surge ante la necesidad de sujetar a control al legislador. En efecto, la revisión judicial de las leyes (*judicial review*) es una doctrina que se desarrolla primero en la tradición del *Common Law*. En el resto del mundo, el

control de constitucionalidad de las leyes tiene una historia más reciente y sus primeros referentes fueron desarrollados en Europa, en el período entreguerras.

El modelo difuso, judicial o norteamericano de justicia constitucional es una construcción pretoriana, modelada progresivamente a través de diferentes precedentes y que surgió con proximidad a la independencia de Estados Unidos, en tiempos altamente convulsos y frente a una necesidad de limitar el poder de las ramas ejecutiva y legislativa, así como para asentar la influencia del poder federal frente al de los Estados miembros.

A pesar de las razones detrás de su origen, el modelo difuso no fue diseñado para solucionar disputas competenciales o impugnaciones abstractas de constitucionalidad, sino para resolver conflictos de naturaleza concreta. Ello se relaciona con su carácter incidental, pues el conflicto de constitucionalidad no se ventila en un proceso separado y especialmente previsto para esa finalidad, sino como una cuestión accesoria a un litigio principal, en el que una de las partes considera que una o más normas aplicables a su caso, pueden perjudicar sus intereses constitucionalmente protegidos.

En dicho modelo, todos los jueces son competentes para inaplicar las leyes contrarias a la Constitución, sin que dicho poder esté asignado en exclusiva a ninguno de ellos, lo que explica su denominación de "difuso". Asimismo, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad rige, en principio, sólo respecto de las partes del proceso en que se profirió. No obstante, en virtud de la política judicial del *stare decisis*, connatural a la administración de justicia estadounidense, dicha declaratoria puede tener efectos hacia el futuro, vinculando al mismo tribunal que la dictó y a todos los que se ubiquen jerárquicamente bajo su dependencia.

En base al funcionamiento del modelo difuso, pueden extraerse tres conclusiones: la primera, es que su finalidad es la protección de los derechos fundamentales y no la depuración del ordenamiento jurídico, la que sólo opera secundariamente; la segunda, es que la protección de los derechos fundamentales se da genérica e incidentalmente, a través de las medidas cautelares (*injuctions*), acciones y procedimientos comunes y no mediante procesos especiales ante órganos jurisdiccionales con una competencia específica para tal propósito; y la tercera, que, en dicho modelo, la justicia constitucional responde a una concepción funcional y no orgánica.

Por último, el modelo de justicia constitucional norteamericano enfrenta, desde antiguo, dos problemas que, lejos de despejarse, han ido agudizándose con el tiempo: por un lado, el dilema contramayoritario, definible como la tensión originada en la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, que no han sido electos democráticamente, puedan

privar de efectos a una norma dictada por representantes electos de la ciudadanía; y, por otro, la metodología interpretativa, que enfrenta a los defensores de una hermenéutica constitucional basada en la intención histórica de sus redactores y aquellos que proponen una lectura dinámica y evolutiva, en la búsqueda de soluciones constitucionales a problemas contemporáneos. Estos problemas, si bien no son exclusivos de este modelo y se han transferido, con algunos matices, a la justicia constitucional concentrada, fueron detectados y abordados primero en aquél, dada su mayor antigüedad.

A su turno, el modelo de justicia constitucional concentrado, autónomo o austríaco-kelseniano, tal como su nombre lo indica, fue concebido en la obra de KELSEN. Su rasgo característico es la creación de un órgano jurisdiccional *ad hoc* para controlar la constitucionalidad de las leyes.

El modelo concentrado surgió frente a la necesidad de ampliar los alcances del control jurídico, evitar disputas competenciales y reforzar la autoridad parlamentaria, democráticamente electa, frente a un Poder Judicial de fuerte tradición monárquica y conservadora. La protección de los derechos fundamentales, a diferencia de lo acaecido en el modelo difuso, no figuró entre las motivaciones para su surgimiento.

En la raíz de este modelo, se encuentra la celebérrima polémica entre KELSEN y SCHMITT sobre el "guardián de la Constitución", basada en la discrepancia sobre la naturaleza política o jurisdiccional que debía revestir el órgano idóneo para salvaguardar el sistema constitucional y la democracia. Por otro lado, cabe señalar que este modelo se designa igualmente como "europeo", pues varias naciones de dicho continente, al poseer similares condiciones estructurales, adoptaron el mismo sistema, paso en el que fueron pioneras Checoslovaquia (1919), Austria (1920) y España (1931).

En cuanto a su caracterización, el modelo kelseniano, en su diseño original, buscaba realizar una confrontación abstracta de la ley con la Constitución, llevando a cabo primariamente, una verificación formal o competencial. Concordante con ello, las sentencias del Tribunal Constitucional están llamadas a producir efectos generales e irretroactivos. Asimismo, si el dictamen de dicha magistratura es la inconstitucionalidad de la ley, se produce la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, con el correlativo efecto derogatorio o de "legislador negativo". En base a tales rasgos, KELSEN afirmaba que el Tribunal Constitucional despliega una función que excede lo meramente jurisdiccional, en su sentido clásico.

En su versión primitiva, el modelo austríaco-kelseniano era fácilmente explicable, en la medida que había dos jurisdicciones claramente diferenciadas: por un lado, la

constitucional, compuesta únicamente por el Tribunal Constitucional, que era llamada a aplicar la Constitución y la justicia ordinaria, encomendada al Poder Judicial y cuyo parámetro era la legislación. No obstante, tras las Guerras Mundiales, advino el paradigma de las Constituciones normativas y directamente aplicables, convirtiéndose todos los jueces en garantes de éstas y de los derechos fundamentales proclamados en ellas. De ese modo, se reforzaba la protección de la persona, pero se desdibujaba el reparto de competencias original en que se afincaba el modelo, generándose un robustecimiento sustantivo de los derechos que iba de la mano de una serie de nuevos problemas de índole procesal, tanto orgánicos como funcionales.

Adicionalmente, en algunos sistemas se inauguraron nuevas fórmulas de protección de los derechos fundamentales, distintas del control de constitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional o de la tutela general brindada por el Poder Judicial en los procesos ordinarios. En efecto, comenzaron a configurarse nuevos institutos de tutela directa de tales derechos, a las que se designa genéricamente bajo el nombre de "amparos", que se presentan como fórmulas privilegiadas de enjuiciamiento y que dotan a los jueces de facultades especiales, excediendo el marco de sus poderes clásicos. Tales mecanismos han generado un efecto distorsivo en la administración de justicia, pues, en virtud de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, originada en el efecto radiante que su dimensión objetiva trae aparejada, muchos asuntos originalmente concebidos como problemas de mera legalidad han podido quedar adscritos al radio de aquéllos, lo que los potencialmente los dota de una *vis atractiva*. Por ello, ha resultado crucial intentar trazar criterios clarificadores en torno al nuevo reparto de competencias que debe existir entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, especialmente, en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en función de propender a un trabajo coordinado y armónico entre todas las magistraturas, evitando las sobrecargas desmedidas de unas en pos de otras y previniendo los conflictos competenciales entre éstas.

A raíz de estas transformaciones y de otras, fundadas en las necesidades detectadas en los respectivos sistemas, los modelos de justicia constitucional clásica han ido perdiendo algunos de sus rasgos originales. Ello ha producido un acercamiento entre los modelos, entre los cuales, el concentrado es el que ha sufrido mayores modificaciones, principalmente a raíz de la incorporación de los amparos y del control incidental de constitucionalidad de la ley.

Por lo anterior, la diferencia de mayor interés no se encuentra ya en la configuración orgánica de la justicia constitucional, sino en la orientación de las distintas funciones de salvaguardia de la supremacía constitucional que desarrollan tanto los Tribunales Constitucionales como la justicia ordinaria. Ello ha cobrado relevancia en los sistemas que poseen un Tribunal o Corte Constitucional, en la medida que la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales no se basa ya en un esquema diferenciador, centralizado o jerarquizado, sino colaborativo entre aquél y el Poder Judicial.

En tal sentido, se ha propuesto emplear la tipología que elaborara RUBIO LLORENTE para separar los modelos de justicia constitucional, utilizándola, en su lugar, para clasificar las distintas funciones o mecanismos que la integran. Adaptando la antedicha taxonomía, es posible distinguir entre los institutos de la justicia constitucional basados en la ley y aquellos orientados a la protección de los derechos fundamentales, incluyendo en esta última categoría a los amparos.

Los intentos por establecer los primeros amparos tendrán lugar en Europa, Estados Unidos y Latinoamérica, entre los siglos XIX y XX. En un comienzo, sólo la libertad personal, por la importancia que revistió durante las revoluciones liberales, contará con un cauce para su tutela jurisdiccional: el *hábeas corpus*. Sin embargo, después de las Guerras Mundiales, el realce que experimentaron los derechos fundamentales fomentará la creación de nuevas vías procesales para su tutela directa. A pesar de tratarse de un fenómeno que viene en ascenso hace varias décadas, los institutos propios de la jurisdicción constitucional de la libertad aún carecen de una teoría general consolidada que pueda explicarlos sistemáticamente. Por tal razón, esta investigación ha asumido como uno de sus desafíos, la elaboración de una sistematización de la dogmática existente, en función de proponer una conceptualización y caracterización de los amparos.

Respecto de los rasgos esenciales que suelen compartir los instrumentos procesales de tutela directa de derechos fundamentales, se ha señalado que éstos se caracterizan por su especificidad procedimental, sus sujetos procesales, el parámetro de control a aplicar y su objeto procesal. Tales elementos fueron examinados, para dilucidar si efectivamente exhiben particularidades que permitan reconocer y distinguir por su intermedio a los amparos.

En torno a su especificidad procedimental, ciertamente los amparos presentan una regulación específica, particular y diferenciada de los remedios ordinarios o comunes, todo lo cual se compadece con la importancia de los bienes que constituyen su objeto de tutela. Tal especificidad puede traducirse en la existencia requisitos precisos para su

admisibilidad, en la fijación un plazo determinado y breve para su resolución, y/o en el reconocimiento de efectos específicos a la sentencia que se dicte, entre otros.

En lo relativo a los sujetos procesales, si bien se ha dicho que, conforme a la visión clásica, éstos serían siempre un particular, como actor, y el Estado, como demandado, tal aserto acaba siendo desmentido a la luz de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Ello, pues la distinta intensidad de su recepción procesal en diversos ordenamientos, permite descartar una unidad de criterio en este punto. Así, mientras en algunos sistemas (principalmente, latinoamericanos) se admite sin problemas que un particular pueda ser sujeto pasivo directo de un amparo, en otros, ello queda descartado, pudiendo admitirse o no excepciones a este respecto, según el ordenamiento.

Respecto del parámetro de control que el órgano jurisdiccional debe aplicar a la hora de resolver, en principio, se sostiene que los amparos se caracterizan por ser vías de aplicación exclusiva de la Constitución. Por ello, si un conflicto es de naturaleza meramente legal o reglamentaria, una vía constitucional de amparo aparece como sede inapropiada para entender del mismo. Esto es coherente con lo expresado por WAHL y WIELAND, en orden a que la justicia constitucional debe concebirse "como un bien escaso, que debe ser administrado del modo más eficiente posible". Sin embargo, la diferenciación entre asuntos de estricta constitucionalidad y mera legalidad entraña dificultades. Para intentar superarlas, han desarrollado -principalmente en el foro alemán, pero con aplicación en otros sistemas- determinados métodos, conocidos como las fórmulas "Heck" y "Schumann", las que han encontrado dificultades en su aplicación práctica. De todo ello, se concluye que el parámetro de control aplicable en los amparos, debe tener como núcleo rector las normas constitucionales y, en específico, aquellas relativas a los derechos fundamentales protegidos por la vía jurisdiccional de que se trate, pero también puede incluir las normas legales que gobiernen dicho cauce procesal, así como aquellas reglas legales sustantivas que desarrollen tales derechos.

Sobre el objeto procesal de los amparos, debe señalarse que su *petitum* está vinculado al restablecimiento o preservación de un derecho fundamental que ha sido violado. Adicionalmente, la normativa procesal podría admitir que se incardinaran por esta vía, otras pretensiones adicionales, incluso de naturaleza ordinaria o meramente legal, siempre y cuando éstas sean de índole secundaria, derivada o accesoria.

Como síntesis de los elementos antes analizados, se ha elaborado una definición genérica de los amparos, que las conceptualiza como "las vías jurisdiccionales que, con independencia de su naturaleza, denominación y sujetos procesales, han sido

específicamente diseñadas para la tutela de uno o más derechos fundamentales, cuyo parámetro es la normativa constitucional consagratoria de éstos y su legislación de desarrollo, y cuyo objeto principal es la adopción directa de medidas relativas a su preservación o restablecimiento". Tales cauces procesales se insertan dentro del sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales.

El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales es un conjunto de medios procesales de derecho interno, que se estructura a través de diversos niveles o capas, las que se diferencian tanto por la naturaleza de los órganos que intervienen como por el tipo de procesos mediante los cuales se presta y que se vinculan por perseguir una misma finalidad protectora.

Para explicar la forma en que opera la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, se ha elaborado una propuesta que busca agrupar los instrumentos orientados a dicha función, en los diferentes niveles en que ella se estructura. Dicho esquema ha permitido, posteriormente, en el análisis dogmático y comparativo de los ordenamientos chileno y español, sin que su utilidad se agote en ello, pues puede emplearse para la revisión de cualquier otro sistema de garantía jurisdiccional subjetiva.

Los diferentes niveles o capas del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, engloban procesos jurisdiccionales de los siguientes tipos: 1) ordinarios, 2) relativos al control de constitucionalidad de la ley, 3) especiales de amparo; y 4) extraordinarios de amparo.

La primera capa de este sistema se compone de todos los procesos ordinarios, en los cuales los derechos fundamentales deben ser siempre resguardados, indistintamente del conflicto jurídico y del juez o tribunal que conozca de ellos. Este nivel incluye los remedios, recursos o incidentes que permiten solicitar la nulidad de los procesos o las sentencias por violación de derechos fundamentales en la tramitación de aquéllos o el pronunciamiento de éstas.

La segunda capa o nivel viene dado por las vías de control de constitucionalidad de la ley, sea por vía principal o incidental, las que, sin perjuicio de no haber sido diseñadas exclusivamente para brindar amparo a los derechos fundamentales, los incluyen como parte esencial del parámetro de control y tributan a tal propósito.

La tercera capa, presente en varios ordenamientos, son los procesos especiales para tutela directa de derechos fundamentales. Éstos pueden haber sido concebidos para tutelar un amplio catálogo de derechos (amparos especiales-genéricos) o para brindar

protección a un determinado derecho o grupo de derechos, cuyas particularidades ameritan un diseño procesal diferenciado (amparos especiales-particulares).

El cuarto y último nivel interno, originado en la tradición mexicana, española y alemana, es el amparo extraordinario. Los dispositivos de este tipo constituyen mecanismos excepcionales para la protección de un amplio elenco de derechos fundamentales, los que, por definición, operan sólo en la medida que no existan otras vías procesales aptas para enmendar la vulneración de aquéllos.

Los dos primeros niveles del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva están presentes en todo ordenamiento que posea una Constitución jurídicamente vinculante. A su turno, los dos últimos niveles de protección son sólo eventuales, pues únicamente algunos ordenamientos los poseen. A pesar de esto, la existencia de institutos propios del tercer nivel es más común, a nivel comparado, que los del cuarto. A su turno, los amparos extraordinarios, que constituyen la cuarta y última capa, a pesar de haberse modelado siguiendo la huella de dos importantes referentes europeos, resultan mucho más comunes en América Latina que en Europa.

Adicionalmente, existe un plano supranacional o internacional de protección de derechos, que ha obrado en refuerzo de éstos, permitiendo la reclamación si el Estado falla en la misión de brindarles tutela. La apropiada articulación entre los estándares desarrollados en tales sedes y en las de derecho doméstico, constituye uno de los mayores desafíos del derecho público contemporáneo.

Por otra parte, conviene señalar que la justicia constitucional de la libertad y la ordinaria constituyen funciones muy diferentes que, en muchos casos, son atendidas por los mismos órganos jurisdiccionales. Asimismo, dada la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, no resulta difícil, mediante una interpretación extensiva, dar una connotación constitucional de tipo iusfundamental a conflictos simplemente legales, aunque ello sólo se haga para permitir su encuadre en alguna vía de amparo, aprovechando las ventajas procesales que ésta ofrece. Por tal motivo, resulta crucial diferenciar el ámbito de aplicación de los amparos, por un lado y de los remedios ordinarios, por otro. La demarcación de esta línea divisoria, tiene por objeto preservar la especificidad y la exclusividad de los institutos de la jurisdicción constitucional de la libertad y permitir el trabajo coordinado entre las distintas judicaturas.

La distinción y coordinación entre amparos y remedios ordinarios, según se propone, puede operativizarse sobre la base de dos principios: especificidad y exclusividad. En virtud de la especificidad, el diseño procesal de los amparos debe ser acorde al importante

fin perseguido y a la particularidad de los bienes en juego. Conforme a la exclusividad, deben establecerse barreras o filtros que limiten el acceso a estas vías procesales, impidiendo canalizar pretensiones distintas de la preservación o restablecimiento de los derechos fundamentales. Ambos principios representan la cara positiva y negativa del concepto mismo de amparo.

El principio de especificidad se traduce en una serie de rasgos que permiten concebir a los amparos como procesos especiales. Entre ellos cabe enumerar: una tramitación célere, la posibilidad de adoptar de medidas o providencias excepcionales (cautelares o definitivas) para restablecer o preservar el derecho, una priorización de los amparos por sobre otros asuntos de que deba conocer el órgano respectivo, un régimen probatorio diferenciado y/u otros ajustes de similar naturaleza.

El principio de exclusividad busca vedar, por vía de los amparos, el conocimiento de asuntos que no tengan una naturaleza estrictamente constitucional-iusfundamental. Éste puede operativizarse mediante la implementación de diversos filtros procesales, entre los que es posible enumerar la definitividad, la subsidiariedad, la residualidad y la supletoriedad. La mayoría de los ordenamientos que cuentan con institutos de amparo reconoce uno o más de estos filtros procesales.

Por otro lado, el sistema de garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales, parte de la premisa de que éstos poseen, además de su dimensión individual, una ultra-individual o institucional. Ella se vincula con la concreción que requieren los escuetos e indeterminados enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, labor en la que los jueces cumplen un rol pedagógico y vinculado a la certeza jurídica, pues su interpretación genera pautas orientadoras del quehacer de los restantes órganos estatales, así como de las actividades de la sociedad civil y de los individuos.

Del modo anterior, la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales supone que cada ordenamiento defina, a lo menos: a) qué órgano jurisdiccional es el intérprete supremo de los derechos fundamentales y b) a través de qué cauce procesal dicha magistratura puede revisar la labor hermenéutica desplegada por los restantes jueces sobre los derechos fundamentales. Con ambas determinaciones, un ordenamiento dado está en condiciones de proveer un desarrollo hermenéutico estable para los derechos fundamentales.

CAPÍTULO 3. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA

La presente investigación pretende aportar en la subsanación o mitigación de algunos problemas que presenta el modelo chileno de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. En esa línea, se plantea la necesidad de indagar en el sistema español de amparo para, a través de la comparación jurídica, determinar si su trasplante total o parcial al ordenamiento chileno permitiría erradicar o aminorar algunas de sus más graves deficiencias.

El recurso a un ordenamiento extranjero, en la búsqueda de soluciones para el propio, constituye una metodología de creciente utilización en esta era de intercambio global. Hoy, más que antes, resulta común que los sistemas jurídicos busquen adecuar sus instituciones y reformar sus normas, tomando como referencia soluciones foráneas.

3.1. Bases fundamentales para el análisis del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales

En este primer apartado del capítulo tercero, se busca justificar la selección del modelo español de amparo como uno de los objetos en contraste. En tal sentido, se dará cuenta de que la importancia de dicho sistema no sólo viene dada por constituir de un referente obligatorio en el derecho chileno, sino también, por tratarse de un modelo jurídico único, que ha surgido como fruto de una antigua tradición.

Conectado con lo anterior, tanto la excepcionalidad como la originalidad del modelo español de amparo serán objeto de tratamiento en este acápite. Primero, se pondrá de relieve que, a diferencia de lo que ocurre en América Latina, sistemas de amparo como el español resultan excepcionales en el contexto europeo y se desarrollarán las razones que explican tal fenómeno. Posteriormente, se aportará evidencia para afirmar que se trata de un modelo originario y pionero en su especie, cuya estructura y elementos circularon posteriormente hacia otros ordenamientos jurídicos.

A continuación, se explicarán los fundamentos que llevaron al constituyente de 1978 a decantar por la fórmula de doble amparo y se desarrollarán las bases normativas en que se afinca dicho sistema. Todo esto, con el propósito de introducir y proveer las herramientas dogmáticas necesarias para el análisis del sistema español de garantía

jurisdiccional de los derechos fundamentales que se emprenderá en los apartados siguientes de este capítulo.

3.1.1. Antecedentes metodológicos e históricos para el análisis del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales

Tanto por sus antecedentes históricos y su carácter único, como por el prestigio que le precede, el sistema español de amparo ha constituido, en la práctica, un referente para las reformas a la justicia constitucional operadas en Latinoamérica, situación cuya viabilidad busca examinarse en el caso chileno.

Por tal motivo, antes de entrar al análisis del sistema español, se considera imprescindible fundamentar la pertinencia de su examen y comparación con el modelo chileno.

Luego, se ahondará en la naturaleza y orígenes del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, reflexiones que servirán de insumo para el posterior análisis detallado de su estructura y funcionamiento.

3.1.1.1. Justificación metodológica del análisis del sistema español de tutela de derechos fundamentales y de su comparación jurídica con el modelo chileno

Desde una perspectiva histórica, es posible afirmar que casi ningún ordenamiento jurídico resulta enteramente original y es posible que varias de las normas o doctrinas más prestigiosas de un sistema dado sean, a su turno, tributarias de teorías anteriores o fruto de préstamos realizados a otros sistemas que implementaron fórmulas jurídicas exitosas.

A pesar de lo antes señalado, la importación de una solución foránea no puede realizarse sin antes evaluar su viabilidad en el foro doméstico, pues ella podría causar, de paso, nuevos inconvenientes de mayor gravedad que la deficiencia misma que busca corregirse o, en el peor de los casos, hacer tambalear la estabilidad de todo el sistema. Tratándose de la protección de derechos fundamentales, dada su importancia, cualquier cambio puede aparejar repercusiones para el resto del ordenamiento, por lo cual la solución que se proponga ha de ser considerada cuidadosamente.

Específicamente, en el caso chileno, a la hora de identificar los ajustes o reformas que el modelo necesitaría, se ha realizado una constante alusión a los elementos propios del sistema español de amparo, invocación que, en muchos casos, se ha formulado sin identificar expresamente a tal modelo como el de referencia. De todos modos, se ha reiterado en la doctrina y también, de alguna manera, en los recientes proyectos constitucionales, una solución que contiene elementos propios del modelo hispano-alemán de justicia constitucional de derechos fundamentales, en su vertiente española.

Lo anterior no es de extrañar, considerando la fuerte conexión entre dicho ordenamiento y el chileno, lo cual responde a razones de diversa índole, que sobrepasan a las meramente históricas. Adicionalmente, el modelo español ha surgido de una larga tradición, la cual -según se postula en este trabajo- sentó las bases de un diseño completamente original de justicia constitucional, el cual ha sido replicado en algunos países de Europa y otros tantos de América Latina.

Resulta evidente el influjo que la dogmática española ha tenido en el sistema jurídico chileno, tanto a nivel de reformas como de nuevas corrientes doctrinales, muchas de ellas, con recepción jurisprudencial[470]. La nutrida cantidad de juristas que se han formado, a nivel de posgrado, en casas de estudio españolas, sumada al prestigio de sus académicos y la calidad de la ciencia jurídica que se ha venido cultivando en dicho país, ha fomentado que se mire al ordenamiento español como pauta o molde para reformas.

En lo relativo a los problemas del sistema chileno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, su tratamiento y superación han concitado un discreto interés por parte de la doctrina chilena y de los órganos representativos, sin que ello sea proporcional a la entidad de tales deficiencias.

Para comenzar, puede decirse que el sistema de amparo que exhibe Chile no resulta fácilmente explicable, a la luz de las teorías sobre la jurisdicción constitucional de derechos fundamentales que se han presentado en el capítulo anterior y, además, se revela como altamente disonante con los modelos de otros ordenamientos, de diversas tradiciones y latitudes, lo que, más que una prueba de su originalidad, da cuenta de su carácter altamente disfuncional. Afortunadamente, se observa algún interés, tanto a nivel

[470] En un estudio de 2012, la profesora Liliana Galdámez logró identificar, entre otras constantes, que la jurisprudencia más citada por el Tribunal Constitucional chileno es la del Tribunal Constitucional español. Asimismo, dicho estudio da cuenta de que, en Chile, el recurso al Derecho Constitucional español es muchísimo más frecuente que la cita a los ordenamientos o la jurisprudencia de los países geográficamente más cercanos. Ver más en: GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. "El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010". *Revista chilena de derecho*, vol. 39, N° 1, 2012, pp. 189-223

de reformas normativas como de investigaciones científicas, en torno al mejoramiento de dicho sistema. En ambos casos, varias de las soluciones apuntan a la intervención del Tribunal Constitucional, como adjudicador último, en esta materia.

En relación a las modificaciones normativas, el proyecto constitucional presentado en el año 2018 por la ex Presidenta Michelle Bachelet, establecía, en sus artículos 20 y 94 Nº 16, un recurso de protección de los derechos fundamentales ante los tribunales de primera instancia y la facultad del Tribunal Constitucional de resolver sobre su "efectivo amparo", por vía de apelación[471]. Por otro lado, durante la tramitación del fallido proyecto constitucional de 2022, se presentaron varias indicaciones, todas finalmente desechadas, que buscaban dotar a la nueva Corte Constitucional, de la posibilidad de revisar las sentencias dictadas por la justicia ordinaria, en relación a la acción de tutela de derechos fundamentales, cuando el asunto revistiera "especial relevancia constitucional"[472], formulación lingüística casi idéntica a la que emplea actualmente el legislador orgánico español para referirse a la admisión del amparo constitucional[473]. A pesar de estas propuestas, es importante destacar que, ni en el proyecto constitucional fallido de 2022, ni en el de 2023, los textos sometidos a plebiscito incluyeron, en definitiva, una atribución de este tipo.

En lo tocante a la doctrina, varios autores se han pronunciado sobre la conveniencia de que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. No obstante, conviene clarificar de antemano, que muchas de estas propuestas se han formulado en distintos momentos histórico-políticos, en algunos casos, a raíz de discusiones centradas en otros asuntos y, muchas de ellas, difieren sustancialmente sobre la forma en que se configuraría esa intervención del Tribunal Constitucional. A pesar de ello, todas coinciden en la

[471] Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. Boletín 11617-07. 6 de marzo de 2018. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf (fecha de visita: 10 septiembre, 2022)

[472] Entre otros documentos, ver: Iniciativas Nº 396, 401, 423-425 y páginas 257 y 302 del Tercer Informe de la Comisión de Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional sobre Justicia Ambiental, Órganos Autónomos, Justicia Constitucional y otras materias. 4 de abril de 2022. Disponible en: https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2570&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION (fecha de visita: 10 septiembre, 2022)

[473] En España, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, del por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, incorporó el requisito de la "especial trascendencia constitucional" de la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, presupuesto al cual se dedicará especial atención en el apartado correspondiente. Dicha expresión aparece mencionada en los artículos 49.1 y 50 b) de la referida Ley y también en el punto III de la exposición de motivos del referido cuerpo legal. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483 (10 septiembre, 2022)

asignación de un rol más amplio y de cierre a dicho órgano en la garantía jurisdiccional de los derechos constitucionalmente proclamados.

Para comenzar, es interesante poner de relieve que, incluso antes de concretarse la transición a la democracia, uno de los redactores de la Carta de 1980, el profesor RAÚL BERTELSEN, proponía rearticular la justicia ordinaria y la constitucional, reforzando esta última, entre otras medidas, a través del traspaso al Tribunal Constitucional de la competencia para conocer "en segunda instancia, los recursos de protección fallados por las Cortes de Apelaciones en primera instancia"[474]. Esta propuesta se formuló en una mesa redonda, en que cuatro académicos de Derecho Constitucional intercambiaron opiniones sobre la justicia constitucional chilena, discusión en cuyo testimonio escrito es posible detectar, además, la importancia que el modelo español tenía como referencia para el debate sostenido[475].

Más adelante, el profesor PABLO RUIZ-TAGLE, en un conocido texto sobre los modelos de jurisdicción constitucional, indicará que "(…) el caso chileno puede llegar a ordenarse como sistema, si se resuelve reformar nuestra Constitución, de manera que el Tribunal Constitucional monopolice la competencia sobre el recurso de inaplicabilidad y la apelación de los recursos de protección (…)"[476] Más abajo, recomienda, para el correcto funcionamiento del sistema, que se aumente el número de jueces y se establezca un sistema de *writ of certiorari* ante el Tribunal Constitucional, para que éste pueda elegir libremente los casos de que conozca, propendiendo así a la coherencia dogmática y evitando "al mismo tiempo el atochamiento que caracteriza en nuestros días al Tribunal Constitucional Español (…)"[477].

Por su parte, el profesor HUMBERTO NOGUEIRA ha defendido, en varios de sus trabajos, que el Tribunal Constitucional pueda revisar los pronunciamientos de los tribunales ordinarios, en lo relativo a las acciones de protección y hábeas corpus, y, en general, siempre que la judicatura pueda, mediante sus resoluciones, afectar derechos fundamentales. Así, por ejemplo, ha expresado que "teniendo presente la experiencia comparativa latinoamericana y europea, el Tribunal Constitucional chileno debiera tener la potestad de revisar los fallos de los tribunales ordinarios de justicia cuando ellos afectan

[474] RIBERA NEUMANN, Teodoro; BERTELSEN REPETTO, Raúl; BARROS BOURIE, Enrique et. al. "Tribunal Constitucional de 1980". *Estudios Públicos,* vol. *27,* 1987, p. 118.
[475] Ibídem, pp. 117 y 127
[476] RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. "Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una categoría ruinosa". *Revista de Derecho Público,* vol. 61, 1999, p. 93.
[477] Ibídem.

derechos esenciales de las personas"[478], agregando, más adelante, como una propuesta para futuras reformas en la materia, que "este tipo de amparo contra sentencias sólo debiera verlo en forma extraordinaria el Tribunal Constitucional, otorgándole una competencia expresa para ello"[479]. Del mismo modo, en base a algunos problemas que ha detectado respecto del hábeas corpus, NOGUEIRA ha señalado que resulta patente "la necesidad de establecer una acción de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, tema que recién comienza a ser analizado en el ámbito académico y político"[480]. Como puede apreciarse, el citado académico, como una constante en su obra[481], ha instado para que sea el Tribunal Constitucional quien tenga la palabra definitiva sobre los derechos fundamentales en el ordenamiento chileno.

Por otro lado, y compartiendo la anterior tesis, el profesor GASTÓN GÓMEZ BERNALES ha señalado que, en vista de las deficiencias estructurales del recurso de protección y en función de garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de los jueces y tribunales "cabe crear una nueva acción constitucional, donde se tutelen los derechos frente a resoluciones judiciales. El órgano natural para ello debiera ser el Tribunal Constitucional (…)"[482]

Asimismo, el profesor ANDRÉS BORDALÍ, en un conocido artículo sobre las ventajas y desventajas del recurso de protección, refiriéndose a la seguridad jurídica en materia de derechos fundamentales, considera indispensable que se unifique la jurisprudencia sobre los mismos. Para tal propósito, en su opinión, "se necesita crear un proceso ante el Tribunal Constitucional tipo amparo constitucional, que es la vía utilizada en países como España"[483]. A su juicio, sólo de ese modo será posible -dice, citando al

[478] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano". *Revista Ius et Praxis,* vol. 13 N° 1, 2007, p. 104

[479] Ibídem, p. 112

[480] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El hábeas corpus o recurso de amparo en Chile". *Revista de Estudios Políticos,* vol. 102, 1998, p. 208

[481] Como ejemplos de la reiteración de dicho planteamiento, podemos citar los siguientes trabajos: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur". *Revista Ius et Praxis,* vol. 8, N° 2, 2002, p. 91; y, también, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El Derecho de Amparo o Protección de los Derechos Humanos, Fundamentales o Esenciales en Chile: Evolución y Perspectivas". En su: *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Universidad de Talca, 2000, p. 46.

[482] GÓMEZ BERNALES, Gastón. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2005, p. 235

[483] BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "El recurso de protección chileno al banquillo". *Revista IUS 5(27),* 2011, p. 71

profesor MANUEL ARAGÓN- "asegurar el sometimiento de los jueces y los tribunales ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional."[484]

Igualmente, la profesora LILIANA GALDÁMEZ, en la misma línea, pero sin llegar a afirmar que la tutela de los derechos fundamentales sólo sea eficaz cuando está en manos de la jurisdicción constitucional, plantea que la instauración de "un recurso extraordinario para tutela de derechos fundamentales bajo supuestos calificados" y entregado al conocimiento del Tribunal Constitucional[485], podría traducirse en un aporte a su protección.

Del mismo modo, el profesor IGNACIO RIED ha afirmado enfáticamente que, en vista de que las resoluciones judiciales dictadas en sede civil pueden lesionar derechos fundamentales, se hace necesario contar con un mecanismo de revisión frente a tales casos. Agrega, además, que "así lo ha entendido, por ejemplo, la legislación española que desde hace años contempla la posibilidad de solicitar la tutela de derechos fundamentales vulnerados en un fallo civil, a través del recurso de amparo"[486].

Más recientemente, el profesor RODRIGO DELAVEAU, resaltando la importancia de contar con un mecanismo procesal tendiente a la uniformidad jurisprudencial, ha indicado que, en caso de existir criterios dispares sobre el contenido de los derechos constitucionales, "el llamado natural e institucionalmente a realizar esta labor en una democracia constitucional es, precisamente, el Tribunal Constitucional", tal como acontece en otros ordenamientos "que cuentan con esta acción junto con una Corte especializada en materia de control de constitucionalidad, tanto en Latinoamérica como España o Alemania, labor que el Tribunal Constitucional de Chile por lo demás ya cumple indirectamente por medio del recurso de inaplicabilidad."[487]

Por último, la profesora TANIA BUSCH, en el contexto de los recientes procesos constituyentes chilenos, ha opinado que debería establecerse un recurso para reclamar ante el Tribunal Constitucional de las sentencias de los tribunales ordinarios que se pronuncien sobre la tutela de derechos fundamentales, el que debería basarse en un

---

[484] BORDALÍ, Ob. Cit., NP 30 y p. 71.

[485] GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. "Amparo interamericano". En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y SILVA GALLINATO, María Pía (eds.) *Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2014, p. 276

[486] RIED UNDURRAGA, Ignacio. "El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad". *Estudios constitucionales*, vol. 13, N° 1, 2015, p. 308.

[487] DELAVEAU SWETT, Rodrigo. "El amparo constitucional: una mirada empírica desde el derecho comparado y el recurso de protección en Chile". En: DELAVEAU SWETT, Rodrigo (ed.) *Tribunal Constitucional de Chile y el Tribunal Constitucional de España – 2019*. Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2020, pp. 212-213.

régimen de "selección de casos, ya sea a través de una fórmula como la 'especial trascendencia constitucional' del amparo español u otra similar"[488].

El recorrido por las diferentes posiciones doctrinales presentadas anteriormente, sostenidas todas por académicos de muy diversas visiones y en diferentes momentos del devenir constitucional de Chile, además de la revisión de algunos de los proyectos de normas que pretendieron reformar el sistema chileno de amparo, permiten extraer, al menos, cuatro ideas comunes sobre la fisonomía que éste debería adoptar. Éstas pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) Existe una marcada orientación a robustecer la injerencia del Tribunal Constitucional en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.
2) Se concuerda en la instauración de un mecanismo procesal que le permita al Tribunal Constitucional revisar, en último término, los pronunciamientos judiciales librados al conocer de las acciones protectoras de derechos fundamentales.
3) Se cree conveniente, también, la revisión en sede constitucional de las resoluciones libradas por la judicatura ordinaria, en los procesos civiles u otros de derecho común, que puedan lesionar tales derechos.
4) Se considera imprescindible generar uniformidad jurisprudencial en torno al contenido de los derechos fundamentales.

En tal sentido, se cita reiterada y explícitamente al modelo español de amparo como sistema que reúne cabalmente los anteriores elementos. Por su parte, quienes no lo nombran de modo expreso, implícitamente refieren sus componentes esenciales como partes de un modelo virtuoso.

Con todo lo señalado y teniendo presente que el modelo español ha servido de base tanto para algunos proyectos de reforma normativa como para las sugerencias de un importante sector doctrinal, a juicio de este autor, su análisis aparece como necesario y justificado.

En efecto, no se trata simplemente de un modelo eficiente entre muchos otros, sino de aquél que es constantemente referenciado -explícita o implícitamente- al proponer cambios profundos para el ordenamiento chileno, en esa materia. Dicho de otro modo, la selección del objeto de este capítulo, surge de la reiteración, entre los operadores

[488] BUSCH VENTHUR, Tania. "Organización de la justicia constitucional en la nueva Constitución". En: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (coord.) *Tránsito Constitucional. Camino hacia una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 522.

jurídicos, expertos y autoridades estatales, del modelo de justicia constitucional de derechos fundamentales español como canon para corregir las disfuncionalidades del sistema chileno.

3.1.1.2. Excepcionalidad y originalidad del modelo español de amparo

El modelo de amparo que exhibe España es -como ya se ha dicho- uno excepcional en su entorno geográfico y, también, en relación a las obligaciones supranacionales e internacionales que le asisten.

Por otro lado, sus raíces históricas revelan al ordenamiento español como un antiguo precursor en la tutela de los derechos fundamentales. El sistema de amparo español, que es tan fruto de su tradición como de sus traumas históricos, se encuentra posicionado, a nivel comparado, como un importante referente en esta materia.

Por lo expuesto, antes de analizar detenidamente los distintos niveles o capas del sistema español de garantía jurisdiccional subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, se revisará la configuración que lo hace excepcional y único, así como los antecedentes históricos que lo originaron y modelaron.

3.1.1.2.1. Excepcionalidad del modelo hispano-alemán de jurisdicción constitucional de derechos fundamentales

El modelo de amparo que presenta España, a pesar de su difusión en otros espacios geográficos, resulta excepcional en el contexto europeo[489].

Lo anterior, porque si bien la totalidad de los ordenamientos encomienda, de manera principal y primaria, la protección de los derechos fundamentales a la justicia ordinaria, desde la Segunda Guerra Mundial y hasta 1989, sólo cinco Estados de Europa (Suiza, Austria, Alemania, España y Hungría) habían atribuido, a sus respectivos Tribunales

[489] De hecho, el profesor Pedro Cruz Villalón señaló, en alguna oportunidad, que los amparos, en general -sin distinguir si el objeto controlado eran sólo normas jurídicas o, también, resoluciones judiciales- constituían una "singularidad" presente sólo en ciertos ordenamientos. CRUZ VILLALÓN, Pedro. "El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador." En: Jiménez Campo, Javier; López Guerra, Luis; Cruz Villalón, Pedro et al. *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 117. Sin embargo, aclarando su planteamiento, indicó, más adelante, que dicho término se empleó sólo con una connotación descriptiva de una realidad anterior, que pudo tornarse discutible con el tiempo. Al efecto, ver CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Sobre el amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 14, N° 41, 1994, pp. 18 y NP 25.

Constitucionales, "competencia para conocer de los recursos dirigidos por individuos o personas jurídicas contra actos del poder"[490] que se considerasen lesivos de sus derechos fundamentales. De ellos, hasta 1990, sólo en Alemania y España, el Tribunal Constitucional podía revisar los dictámenes de los tribunales ordinarios e incluso, anularlos, cuando éstos hubieren lesionado los derechos fundamentales.

La atribución al Tribunal Constitucional de facultades para la tutela directa de derechos fundamentales, determinó el surgimiento de un subtipo de sistema de protección de derechos fundamentales, en Europa, a la que se ha denominado como la "forma germano-española del recurso de amparo"[491].

Por otro lado, desde 1990, varios Estados europeos fueron incorporando mecanismos para velar por la defensa de los derechos fundamentales frente a atentados que pudieran concretar los poderes públicos. Ello aconteció en las Constituciones de Bulgaria (1991)[492], Rumania (1991)[493], Rusia (1993)[494], Georgia (1995)[495], Ucrania (1996)[496], Polonia (1997)[497], Serbia (2006)[498], Bélgica (2009)[499], Francia (2009)[500]. Sin embargo,

[490] RUBIO LLORENTE, Francisco.Ob. Cit., 1992, p. 27.
[491] Ibídem, p. 30.
[492] CONSTITUCIÓN DE BULGARIA. Artículos 149.4 y 150.2 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo*. *Bulgaria 1991*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/bgr (11 octubre, 2022).
[493] CONSTITUCIÓN DE RUMANIA. Artículos 146 d) y 147.1 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo. Rumania 1991*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/rou (11 octubre, 2022).
[494] CONSTITUCIÓN DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA. Artículo 125.4 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo*. *Rusia 1993*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/rus (11 octubre, 2022).
[495] CONSTITUCIÓN DE GEORGIA. Artículo 60.4 a) y c) de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo. Georgia 1995*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/geo (11 octubre, 2022).
[496] CONSTITUCIÓN DE UCRANIA. Artículo 55, con relación al artículo 151-1 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo. Ucrania 1996.* Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ukr (11 octubre, 2022).
[497] CONSTITUCIÓN DE POLONIA. Artículos 79.1 y 188.5 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo. Polonia 1997.* Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/pol (11 octubre, 2022).
[498] CONSTITUCIÓN DE SERBIA. Artículos 167.1, 168 y 170 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo. Serbia 2006.* Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/srb (11 octubre, 2022).
[499] Ver, con mayor detalle, la situación de Bélgica en el texto siguiente: RUIZ TARRÍAS, Susana. *El Recurso de Amparo Constitucional*, 2012, p. 22. Disponible en: https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/56109/El%20recurso%20de%20amparo%20constitucional..pdf?sequence=1&isAllowed=y (3 de septiembre, 2022)
[500] CONSTITUCIÓN DE FRANCIA. Artículo 61-1 de la Constitución. *Comparador de Constituciones del Mundo. Francia 1958.* Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/fra (11 octubre, 2022).

estos institutos, por su naturaleza, tienen como finalidad más próxima revisar la constitucionalidad de leyes u otras normas generales aplicables en el marco de un determinado proceso y, como regla general, deben ser promovidos por la autoridad judicial u otro órgano público. Recurriendo a la tipología recomendada en el capítulo anterior, se trata de "institutos procesales basados en la ley"[501].

De lo anterior es posible inferir que las reformas impulsadas tras la caída de la Unión Soviética, mayoritariamente por países del área de su influencia, se encaminaron a proteger los derechos fundamentales como forma de redefinir las relaciones entre el Estado y sus respectivos ciudadanos y, también, de superación del pretérito autoritarismo.

De lo señalado, es posible colegir que la forma de amparo germano-española no era la regla general en los modelos europeos antes de 1990, ni tampoco lo fue con posterioridad. Ello, porque si bien, tal como se ha señalado más arriba, varios ordenamientos crearon Tribunales Constitucionales u otorgaron mayores competencias a los ya existentes, por regla general, éstos no confirieron a dicha magistratura la facultad para revisar resoluciones judiciales denunciadas como lesivas de derechos fundamentales, una vez agotada la vía ordinaria, que es la característica distintiva de ese modelo. Con todo, algunas reformas realizadas en Estados europeos[502], con posterioridad a esa fecha, excepcionalmente sí siguieron dicho patrón, según se dirá a continuación.

En efecto, la adopción excepcional del modelo germano-español puede observarse, entre otros países, en Croacia (1990) cuya Constitución, en el artículo 128[503], estableció una revisión de ese tipo. Lo mismo ocurrió en Eslovenia (1991), cuya Constitución, en el artículo 160.1[504], estatuyó un modelo de amparo que incluye las sentencias judiciales como objeto de control. También, República Checa (1992), mediante los artículos 87.1

Al efecto, también se recomienda la revisión del texto indicado en la nota anterior: RUIZ TARRÍAS. Op. Cit., pp. 22-23.

[501] Tal tipología fue desarrollada en el capítulo anterior. Ver: "2.1.4. Una nueva tipología institutos basados en la ley e institutos orientados a la protección de los derechos fundamentales."

[502] Se trata en su mayoría de Estados de Europa del este. Un detallado análisis sobre la configuración de tales sistemas, la razón de tales reformas y su operatividad práctica puede encontrarse en el siguiente texto: BRAGE CAMAZANO, Joaquín. "Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en los países de la Europa del Este (Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Macedonia, Polonia y Rusia)". *Revista de Estudios Políticos*, 2005, pp. 193-220.

[503] CONSTITUCIÓN DE CROACIA. *Comparador de Constituciones del Mundo. Croacia 1991*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/hrv (9 septiembre, 2022). Resulta importante salvar el error que presenta la página antes citada al señalar que la Constitución data de 1991, pues, en realidad, fue adoptada el 22 de diciembre de 1990, misma fecha en que entró en vigor. Al efecto, ver WIPO Leyes. Disponible en: https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/16398 (10 septiembre, 2022)

[504] CONSTITUCIÓN DE ESLOVENIA. *Comparador de Constituciones del Mundo. Eslovenia 1991*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/svn (11 septiembre, 2022).

d) y 88 de su Carta Constitucional[505] plasmó un mecanismo que sigue esa fórmula. Lo mismo hicieron Andorra (1993), en los artículos 41.2, 88 y 98 c)[506] de su Constitución y Albania (1998), en el artículo 131 f)[507] de la suya. Por último, Hungría (2011) ha incorporado, mediante los artículos 24.2 d) y 24.3 b) de su Ley Fundamental[508], este modelo de control, permitiendo que se revise la conformidad de las resoluciones judiciales con la Constitución, en general, y no sólo con los derechos proclamados en ella, situación que fue recibida positivamente por la Comisión de Venecia y la doctrina de ese país[509].

De esa forma, nuevamente serían, en su mayoría, Estados de Europa del este, los que irían incorporando mecanismos de tutela directa de derechos tras el colapso del bloque soviético. Ello torna comprensible que, en tales Estados, no se considerase suficiente la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes y otras normas generales, sino que, también, quisiera garantizarse la sumisión de la judicatura ordinaria al nuevo orden constitucional y a los derechos fundamentales.

En síntesis, el modelo hispano-alemán de amparo obedeció a una configuración que, hasta 1989, era sólo propia de Alemania y España, pero, con posterioridad a esa fecha, tal fórmula se difundió rápidamente, sirviendo de molde para todas las reformas antes mencionadas en Europa, pero también, para cambios constitucionales en América Latina[510].

La incorporación del modelo de amparo germano-español de amparo en el contexto latinoamericano es fácilmente explicable por razones de prestigio, pero también, por ser el que mejor encuadra con las obligaciones internacionales emanadas del sistema

---

[505] CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA CHECA. *Comparador de Constituciones del Mundo. República Checa 1993*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/cze (11 septiembre, 2022). La diferencia de fechas reflejada se explica, por cuanto la Constitución fue adoptada el 16 de diciembre de 1992, pero entró en vigor el 1 de enero de 1993. Al efecto, ver *WIPO Leyes*. Disponible en: https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/20128 (10 septiembre, 2022)

[506] CONSTITUCIÓN DEL PRINCIPADO DE ANDORRA. *Comparador de Constituciones del Mundo. Andorra 1993*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/and (11 septiembre, 2022).

[507] CONSTITUCIÓN DE ALBANIA. *Comparador de Constituciones del Mundo. Albania 1998*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/alb (11 octubre, 2022).

[508] LEY FUNDAMENTAL DE HUNGRÍA. *Comparador de Constituciones del Mundo. Hungría 2011*. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/hun (9 septiembre, 2022).

[509] JAKAB, Andras y SONEVEND, Pál. "Continuidad con carencias: la nueva Ley Fundamental de Hungría". *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 33, 2014, p. 394.

[510] Sólo a modo de ejemplo: Colombia adoptó este modelo en la Constitución de 1991, mientras que Perú hizo lo propio en la Carta de 1993. Por su parte, Ecuador lo incorporó en 2008 y Bolivia, en 2009.

interamericano de protección de derechos humanos, vinculante para los Estados de América Latina.

Ciertamente, por expreso mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, el "recurso sencillo y rápido" o "efectivo" al que se refiere su artículo 25, para remediar las vulneraciones de derechos que puedan sufrir las personas bajo la autoridad de Estados partes de dicho tratado internacional, debe ser un remedio de naturaleza jurisdiccional[511]. En otras palabras, dicha Convención exige específicamente la existencia de vías procesales de amparo de derechos.

No puede afirmarse lo mismo en el contexto del sistema europeo de protección de derechos humanos. En efecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 13, dispone: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales"[512].

Aunque la redacción de ambas normas aparezca *prima facie* como muy similar, de una lectura más cuidadosa puede deducirse que, en el caso europeo, no resulta imperativo que las lesiones de derechos puedan ser planteadas ante una instancia judicial, sino que basta con que exista una "instancia nacional" ante la cual pueda reclamarse, para que la obligación del Estado se entienda cumplida[513]. En el mismo sentido, se ha pronunciado expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al indicar que el "artículo 13

---

[511] El artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe:" Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo *ante los jueces o tribunales competentes*, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales." (El destacado es nuestro). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf (29 septiembre, 2022) De ello se colige que el remedio frente a la vulneración de derechos, para colmar los estándares internacionales, en el caso de los Estados signatarios de este instrumento internacional, ha de ser uno de naturaleza jurisdiccional.

[512] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo sobre Derechos Humanos). Artículo 13. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (29 de septiembre, 2022)

[513] Como señala la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los requisitos que debe satisfacer esa instancia nacional para que el recurso disponible frente a las violaciones de derechos sea efectivo, indistintamente de si se trata de un tribunal o no, son los siguientes: "i) la autoridad en cuestión sea lo suficientemente independiente en relación con el órgano responsable de la violación; ii) resulte posible presentar ante ella el mérito de los argumentos que podrían presentarse ante el Tribunal; iii) se encuentre en la capacidad de elaborar una decisión de carácter vinculante; y iv) que el denunciante puede aprovecharlo efectivamente." ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Hoja informativa del ACNUR. El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR)*, 2003, p. 3. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2367.pdf (12 octubre, 2022).

se refiere a un recurso efectivo ante una autoridad nacional" –*"instance nationale"*- la cual puede no ser un "tribunal" o "corte" en el significado de los artículos 6, párrafo 1, y 5, párrafo 4"[514]. Esta doctrina se ha reiterado, al indicarse, por la misma magistratura, que "la 'instancia' de que se habla en el artículo 13 puede no ser forzosamente, en todos los casos, una institución judicial en sentido estricto"[515] y, también, al razonar que "la autoridad a que se refiere el artículo 13 no necesita ser una autoridad judicial (...)"[516]. Del modo anterior, las normas internacionales europeas no exigen que la protección de derechos, en el foro doméstico, se haga por la vía jurisdiccional.

Así las cosas, el modelo germano-español de justicia constitucional se constituye como uno triplemente excepcional: primero, porque se ejerce a petición de los directamente afectados y no sólo de órganos públicos, como ocurre en otros ordenamientos; segundo, porque incluye las resoluciones judiciales como objeto de control, una vez agotada la vía ordinaria, lo que no es común en los sistemas europeos; y tercero, porque concibe medios específicos para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, sin que la normativa regional de derechos humanos que vincula a los Estados europeos, imponga estrictamente la existencia de remedios de tal naturaleza.

3.1.1.2.2. Originalidad del modelo español de amparo

Comúnmente, suele señalarse que el establecimiento del amparo español en la Carta de 1978, se debió a una fuerte influencia del modelo alemán plasmado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. De esa manera, la *Verfassungsbeschwerde* o queja constitucional germana, sería la base en que se habría inspirado el constituyente democrático español para el diseño de la jurisdicción constitucional de tutela de derechos fundamentales.

---

[514] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitud 4451/70; apartado 33. *Golder v. Reino Unido*; 21 de febrero de 1975. Disponible en: https://es.scribd.com/document/508644690/CASE-OF-GOLDER-v-THE-UNITED-KINGDOM-Spanish-Translation-summary-by-the-Spanish-Cortes-Generales (14 octubre, 2022).

[515] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitud 5029/71; apartado 67. *Klass y otros v. Alemania*; 6 de septiembre de 1978. Disponible en: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/55425/1/34198-95543-1-PB.pdf (14 octubre, 2022).

[516] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitudes 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75; apartado 113.b). *Silver y otros v. Reino Unido*; 25 de marzo de 1983,. Disponible en: https://ddhh.es/wp-content/uploads/2020/09/silver-reino-unido.pdf (12 octubre, 2022). También, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitud 9248/81, apartado 77.b). *Leander v. Suecia*; 26 de marzo de 1987. Disponible en: https://data.guardint.org/en/entity/k92hx23u9s?page=1 (12 octubre, 2022).

A pesar de lo común que resulta tal afirmación, ésta no puede compartirse íntegramente, al menos, por dos motivos: primero, porque, aunque lleva razón en alguna medida, tiende a simplificar, en extremo, el dilatadísimo tránsito evolutivo que redundó en la configuración actual del amparo español y, segundo, porque desconoce el origen marcadamente español de la institución, estrechamente ligado a su historia constitucional.

Sobre los orígenes históricos de los instrumentos protectores de derechos fundamentales, resulta importante recordar que las primeras formas de salvaguardia de la libertad se identifican con ciertas instituciones medievales, las que algunos autores consideran como el primer germen de la tutela de derechos frente al abuso de poder. Asimismo, la voz "amparo", que acabaría designando el modelo de protección jurisdiccional de derechos fundamentales en España, no es uno reciente ni novedoso, sino que tiene una larga data en la tradición jurídica peninsular.

De hecho, el primer antecedente jurídico de relevancia sobre el concepto de "amparo" aparece en las VII Partidas de Alfonso X, en que dicha voz se emplea como sinónimo de recurso o mecanismo de revisión de decisiones judiciales[517].

Más tarde, los juristas hispanos dirían que el derecho castellano, influido, a su turno, por la institución medieval aragonesa de la "manifestación", aseguraba la protección de ciertas personas desvalidas mediante las llamadas "cartas de amparo"[518]. Por su parte, en los virreinatos americanos del período colonial, especialmente en México[519] y Perú, es posible advertir la existencia de procesos denominados "amparos"[520], los que, si bien no guardan estrecha relación, desde el punto de vista de su estructura y función, con los procesos que actualmente llevan ese nombre, dan cuenta del empleo de dicho *nomen iuris*, también, en el derecho indiano[521].

[517] En el título XXIII de la Partida III, que trata "De las alçadas que fazen las partes quando se tienen por agraviadas de los juyzios que dan contra ellos" se menciona la necesidad de los agraviados de "ampararse". Tal "amparamiento" puede darse de diversas maneras, entendiendo que se refiere a mecanismos de revisión que hoy analogaríamos a recursos y otros medios de impugnación. *Las Siete Partidas*. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2011-60_2, 285 (14 octubre, 2022)
[518] FAIRÉN. Ob. Cit., p. 104.
[519] ARROYO MORENO. Ob. Cit., pp. 50-55.
[520] RUIZ MIGUEL, Carlos. Ob. Cit., p. 134.
[521] De hecho, tales amparos serán una extensión, en el Derecho novohispano, de los remedios otorgados en el Reino de Castilla, entre otras situaciones, cuando una persona necesitaba retener o recuperar la posesión de un bien raíz. Así, el llamado "interdicto de amparo", que aún subsiste en el Derecho Privado de algunos países hispanoamericanos, guarda un origen común con los mecanismos posteriormente desarrollados por el Derecho Público para protección de los derechos fundamentales. Ver más en: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "Algo sobre los antecedentes de nuestro juicio de amparo". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 63, 1988, pp. 1082-1086.

En tal sentido, este trabajo postula que el modelo de amparo que actualmente presentan España y Alemania, además de otros tantos países europeos y latinoamericanos, tiene un origen español. Ello, no sólo porque el ideal tutelar de derechos puede rastrearse, al menos, germinalmente, hasta el derecho medieval aragonés o porque el concepto de "amparo" se remonte a la tradición jurídica castellana y, por su influencia, haya penetrado en la América colonial, sino también, y más trascendentalmente, porque la raíz del modelo de justicia constitucional de la libertad conocido como hispano-alemán (o germano-español), con sus elementos esenciales y definitorios, se encuentra en la Carta española de 1931.

3.1.1.2.2.1. Antecedentes del modelo de amparo inaugurado por la Constitución española de 1931

La innovación del modelo instaurado en la Carta de 1931 no es total, pues éste es resultado de la conjugación de elementos propios de la tradición mexicana, suiza, bávara y austríaca. Sin embargo, el sistema derivado de tal combinatoria fue uno novedoso, coherente y fácilmente distinguible de todos sus referentes.

Como primera influencia del dicho modelo, debe apuntarse al amparo mexicano. De esa manera, resulta conveniente recordar que el primer mecanismo de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales con el nombre de "amparo", se instauró en México, en la Constitución estatal de Yucatán de 1841, por influencia del jurista Manuel Crescencio Rejón. Posteriormente, se intentará incorporar en 1842, a nivel federal, durante el proceso de reformas a que se sujetó la Constitución mexicana de 1824, por un grupo de juristas cuya posición era minoritaria, entre los que se encontraba Mariano Otero, cuya propuesta incorporaba la posibilidad de entablar un "reclamo" ante la Corte Suprema en caso de vulneración de derechos por las autoridades de los Estados federados. Tal proposición no vería la luz hasta 1847, en que recibió consagración constitucional, mediante su inclusión en el Acta Constitutiva y de Reformas, documento de incuestionable trascendencia histórico-política para México. En dicho instrumento, el amparo originalmente concebido sufrió algunas modificaciones. Así, se sustituyó la voz "reclamo" por el verbo "amparar", se otorgó competencia para conocer de esta tutela a todos los tribunales de la federación y ya no sólo al máximo órgano judicial y se amplió el sujeto pasivo de esta acción a todas las autoridades ejecutivas, legislativas o judiciales,

fueran estatales o federales[522]. Con posterioridad, las Cartas Fundamentales de 1857 y 1917, mantendrían el amparo, reconociéndolo en términos muy similares.

El amparo mexicano siguió el claro influjo del derecho norteamericano, pues fue modelado como un instrumento centrado en la defensa subjetiva de las libertades, que opera previa instancia de la parte agraviada, generando un proceso de naturaleza jurisdiccional y cuya sentencia produce efectos relativos o inter pares, tal como ocurre en el modelo de *judicial review*[523]. Sin embargo, resultó profundamente novedoso, dado que, en el sistema estadounidense, la revisión originalmente se provocaba en el proceso respectivo, por vía de excepción o defensiva, mientras que el amparo nace -primero para Yucatán y luego, para todo México- con la naturaleza de una acción[524].

La experiencia mexicana fue conocida y valorada por los juristas españoles gracias al trabajo investigativo y divulgativo realizado, en la península, por el jurista mexicano RODOLFO REYES, el que –tal como ha constatado OLIVER ARAUJO- "fue conocido y estudiado por algunos de los juristas que tomaron asiento en las Cortes Constituyentes de la Segunda República española"[525].

Además del amparo mexicano, se ha señalado que el amparo español cuenta entre sus antecedentes, el artículo 105 de la Constitución Suiza de 1848, que establecía la competencia del tribunal federal para conocer de causas relativas a violaciones de derechos garantizados por aquélla, a través de la denominada *staatsrechtliche Verfassungsbeschwerde*[526], también conocida como "recurso de derecho público"[527] o "queja constitucional"[528]. Este dispositivo procesal, empero, no permitía, en sus orígenes, que los afectados recurrieran directamente a un tribunal en resguardo de sus derechos, sino que sólo habilitaba para plantear la lesión de éstos frente a la autoridad política

[522] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El voto particular de D. Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México (Nota introductoria sobre los antecedentes del Juicio de Amparo)". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 4, 2000, pp. 585-589

[523] La influencia de las ideas norteamericanas y, especialmente, del análisis que realiza Tocqueville sobre ellas en "La Democracia en América", no resulta un misterio en la materia, no sólo por la similitud que presenta el modelo de revisión que se creó en México con el que regía en Estados Unidos, sino también porque así fue manifestado expresamente por la totalidad de juristas que participaron en los procesos constituyentes mexicanos y que, junto a Otero, son responsables por la incorporación del amparo a dicho ordenamiento. Ver más en FERNÁNDEZ SEGADO. Ob. Cit., 2000, pp. 582-586

[524] BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. México: Porrúa, 1983, p. 118.

[525] OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., p. 326.

[526] BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2000, p. 61.

[527] Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 4, 2000, p. 268.

[528] LANDA, César. "El proceso de amparo en América Latina". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* vol. XVII, 2011, p. 208.

(Asamblea Federal), órgano que decidía privativamente sobre la conveniencia de poner o no el asunto en conocimiento del tribunal federal. Ello, bajo la vigencia de dicha Carta, ocurrió en una sola oportunidad[529]. De esa forma, se afirma que dicho modelo era uno de "garantía política de la Constitución, con mínimos elementos de judicialización"[530].

Con posterioridad, la Carta Suiza de 1874, en su artículo 113.1. Nº 3, nuevamente estableció una queja constitucional, haciéndola procedente inmediatamente y sin necesidad de la intervención de la autoridad política, frente a cualquier decisión adoptada por las autoridades ejecutivas, legislativas o judiciales de los cantones, mas no de los órganos del nivel central[531]. Esta institución no se vio afectada por el proceso de cambio constitucional experimentado por la Confederación Helvética, en 1999, manteniéndose, en el artículo 189.1 letra a) de la actual Constitución, en los mismos términos y con las mismas limitaciones[532].

Adicionalmente, se ha señalado que la Constitución del Estado de Baviera de 1919 -también conocida como "Constitución de Bamberg"- fue pionera al regular, como atribución de la Corte del Estado, un recurso constitucional frente a los actos de las autoridades administrativas o judiciales[533], estableciendo la obligación de agotar previamente todas las vías de reclamo disponibles[534] ante el Ministerio estatal correspondiente[535]. Pese a su novedad, este medio procesal no era específicamente una

[529] CAPPELLETTI. Ob. Cit., pp. 48-49.
[530] CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 49.
[531] El modelo de justicia constitucional suizo descrito constituía uno de naturaleza *sui generis* y sólo explicable por una serie factores que incidieron en su surgimiento. Así, la necesidad de afirmar la supremacía del derecho federal por sobre el cantonal, lo que, a su turno, se asienta fuertemente en la democracia refrendaria que rige en el nivel central, pueden ser la causa de que, en dicho ordenamiento, resulte más relevante proteger los derechos fundamentales en este último nivel que frente a toda decisión del poder público. Al efecto, ver: Ibídem, pp. 68-69.
[532] Las reformas que históricamente se han promovido para permitir el control de los órganos federales y, especialmente, del legislador, no han prosperado. En efecto, durante el proceso de reemplazo constitucional surgió una propuesta por parte del Consejo Federal de permitir que se ejerciera control concreto sobre leyes federales por el Tribunal Federal, la cual fue rechazada por la Asamblea Federal. Ver más en: KOLLER, y BIAGNNI. Ob. Cit., p. 625.
[533] En el caso de las resoluciones judiciales, este mecanismo tuvo, salvo casos excepcionalísimos, un muy limitado alcance, pues la jurisprudencia se negó a reconocerle un efecto de casación, por un lado, y, por otro, a admitirlo en contra de sentencias que gozaran de autoridad de cosa juzgada. CAPPELLETTI. Ob. Cit., 94.
[534] LIMBACH. Ob. Cit., p. 69; y, también, CAPPELLETTI. Ob. Cit., pp. 90-91
[535] Como señala Cappelletti -citando a Nawiasky- tratándose de resoluciones judiciales, el Ministerio estatal ante el cual reclamar y en contra del que se dirigiría posteriormente el proceso, sería el de Justicia, salvo que se tratara de una decisión dictada por un tribunal administrativo, caso en el cual, debía acudirse ante el Ministerio del Interior. Ello resulta llamativo, tomando en cuenta la nula posibilidad de aquellos órganos de haber intervenido en la dictación del acto impugnado, ni de hacerlo posteriormente, para su modificación o anulación, punto sobre el que Nawiasky no manifiesta crítica alguna, lo que es reparado por el autor italiano. CAPPELLETTI. Ob. Cit., p. 92 y NP 144.

vía de protección de derechos fundamentales, sino de todo tipo de derechos subjetivos -constitucionales o no, con base en una norma federal o estatal- que requería, para prosperar, de la existencia de un perjuicio real a su titular y que la autoridad hubiere incurrido en una infracción constitucional objetiva (no necesariamente vinculada a la normativa sobre derechos fundamentales)[536]. En tal sentido, se trata de un instituto emparentado, de alguna manera, con los amparos constitucionales, pero sin llegar a ser propiamente uno de ellos.

Como otro antecedente del amparo español, resulta innegable que el artículo 144 de la Constitución austríaca de 1920, que establecía su propia *Beschwerde* o queja constitucional y entregaba su conocimiento al Tribunal Constitucional, influyó decisivamente en la arquitectura de aquél, en la forma que fue modelado por la Constitución de 1931[537] y luego, por la de 1978. Dicho instituto, no formó parte de las atribuciones que Kelsen previó originalmente para el Tribunal Constitucional, sino que fue rescatado de la Constitución Austrohúngara de 1867, en que ya existía como función del Tribunal del Imperio[538]. Por otra parte, en cuanto a sus alcances, esta vía procesal no permitía tutelar los derechos garantizados por la Constitución frente a cualquier autoridad, sino sólo contra decisiones de la Administración, una vez agotadas las reclamaciones frente a ella misma[539].

3.1.1.2.2.2. Originalidad del sistema de doble amparo de la Constitución de 1931

Además del influjo de sistemas extranjeros, la creación del amparo español, en 1931, respondió a las exigencias propias de la época. La falta de cauces apropiados para

[536] Ibídem, pp. 87-88
[537] OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., p. 327.
[538] El Canciller Renner solicitó a Kelsen conservar, de la Constitución de 1867, aquello que pudiera ser salvado. Por ello, se afirma que el Tribunal Constitucional de la Carta austríaca de 1920 pudo ser producto de la novedosa obra de Kelsen y el rescate de algunos elementos de la antigua Constitución, como también una nueva versión el antiguo Tribunal del Imperio con los añadidos kelsenianos. Se trata de dos perspectivas diferentes para un mismo proceso. HERRERA GARCÍA, Alfonso. El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico? *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2011, pp. 13-14.
[539] El precepto citado, en su texto original, señalaba. "Art. 144. (1) El Tribunal Constitucional conoce de recursos por violación (*Verletzung*) de derechos constitucionalmente garantizados mediante la decisión o resolución de una autoridad administrativa, tras el agotamiento de las instancias en la vía administrativa y (2) El acceso al conocimiento del Tribunal Constitucional provoca la anulación de la decisión o resolución inconstitucional. La opinión jurídica del Tribunal Constitucional será vinculante para la nueva decisión o resolución de la autoridad". Transcripción obtenida de: HERRERA GARCÍA. Ob. Cit., 2011, NP 27.

reparar lesiones de derechos, a la luz de la reciente dictadura del general Primo de Rivera (1923-1930), tornó evidente la conveniencia y necesidad de contar con un procedimiento que persiguiera tal propósito[540].

De ese modo, por la confluencia de factores políticos internos con el creciente éxito de modelos extranjeros, en la Constitución Española de 1931 se decidió establecer el amparo, configurándolo como un instrumento centrado en la tutela de derechos fundamentales, a través de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, iniciado a petición de la parte agraviada y cuya resolución tendría efectos relativos. Además, este remedio procedería en contra de decisiones ejecutivas, judiciales y legislativas sin valor de ley, siéndole encomendado su conocimiento a un órgano diferente de la justicia ordinaria: el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Por ello, si bien el amparo español reconoce la influencia de instituciones extranjeras, recogiendo elementos de éstas, su mérito está en haberlos combinado de una manera única, sintetizándolos en un modelo enteramente nuevo.

El engarce de estos elementos no sólo tendrá importancia a nivel doméstico, sino que inaugurará una tendencia que otros ordenamientos seguirán más adelante. Sobre este punto, LANDA señala que esta "innovación aparece modernamente cuando la vieja noción de los derechos públicos subjetivos de creación legislativa, que reconocía los derechos y libertades en los códigos y otorgaba al Poder Judicial su tutela, se transformó en la noción de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los cuales requieren defensa y protección a través de procesos constitucionales como el amparo, que deben ser resueltos por tribunales constitucionales (España 1931, Alemania 1949)."[541]

El amparo creado por la Constitución española de 1931 fue regulado en dos preceptos de esa Carta, a saber, el artículo 105, que ordenaba al legislador establecer "Tribunales de urgencia" para "hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales"[542] y el artículo 121, que establecía un Tribunal de Garantías Constitucionales con competencia sobre todo el territorio, norma en cuyo literal b), se confiaba a dicho órgano la competencia para conocer del "recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades"[543].

[540] OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., p. 328
[541] LANDA, CÉSAR. Ob. Cit., p. 208.
[542] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA DE 1931. Artículo 105. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf (18 octubre, 2022).
[543] Ibídem. Artículo 121.b) de la Constitución de 1931. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf (18 octubre, 2022).

En otras palabras, el constituyente previó dos niveles jurisdiccionales diferenciados para el amparo: una vía ante los Tribunales de urgencia y luego, sólo en el caso de que el titular no resultare tutelado en sus derechos, un recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, en carácter de remedio extraordinario y último[544]. Con lo dicho, aparece que el recurso de amparo, en la Carta de 1931, era un instrumento de naturaleza subsidiaria, pues operaba sólo tras haber agotado las instancias previas de reclamo[545].

La normativa constitucional antes citada debía complementarse con las regulaciones contenidas en Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales. En líneas generales, dicho cuerpo legal restringió los derechos tutelables a sólo algunas de las "garantías individuales" proclamadas por la Constitución. Además, limitó las hipótesis para su procedencia, excluyendo de su aplicación las restricciones de derechos dispuestas conforme a la Ley de Orden Público, en los estados excepcionales de prevención, alarma y guerra. Por último, operativizó la subsidiariedad, detallando el tipo de reclamación que debía agotarse como condición para acceder al Tribunal de Garantías.

Dicha norma previó, asimismo, que este remedio pudiera ser impetrado por el agraviado[546] o por cualquier persona, con lo que este amparo aparece configurado como una verdadera acción popular o pública. En caso comparecer un tercero, éste debía rendir caución fijada por la respectiva sala del Tribunal.

De modo complementario, la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales estableció un amparo para reclamar de las multas cursadas por la autoridad en aplicación de la Ley de Orden Público, recurso que podía entablarse en los estados de excepción, pero también en situaciones de normalidad institucional. Sobre este último instrumento, se ha destacado que permitió al Tribunal de Garantías Constitucionales, por un lado, ampliar su competencia, con altas tasas de éxito para los ciudadanos reclamantes y desarrollar, de paso, una doctrina garantista. También, se ha puesto de relieve que tal atribución, más que una forma de jurisdicción constitucional de tutela de derechos

[544] OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., p. 335.

[545] FIX-ZAMUDIO, Héctor. "El Derecho de amparo en México y en España: su influencia recíproca". *Revista de Estudios Políticos,* vol. 7, 1979, pp. 249-250; y OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., p. 335

[546] Este concepto, empleado por la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, tiene como base el antiguo texto de la Ley mexicana de amparo, en cuyo artículo 5º, fracción 1ª, se señalaba que era parte del juicio de amparo: "el agraviado o agraviados." Ver más en FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 1979, p. 249 y NP 79. Actualmente, la Ley de Amparo mexicana emplea la expresión el "quejoso" en el artículo 5º, aunque en los artículos 14 y 15 se refiere aún a dicho sujeto como el "agraviado". Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf (19 octubre, 2022).

fundamentales, se correspondía con una vía de jurisdicción contencioso-administrativa especial[547].

De esa manera, España fue pionera al establecer normativamente un sistema de doble amparo, modelo en el cual la intervención de la jurisdicción constitucional venía caracterizada por una ínsita subsidiariedad, que exigía agotar previamente las reclamaciones procedentes ante los órganos judiciales. La Constitución de 1931 fue la primera norma jurídica que estatuyó un sistema de ese tipo.

La previsión de un modelo similar en la fallida "Constitución de la Iglesia de San Pablo", en la Alemania de 1849, no resulta un obstáculo para considerar pionero al modelo español, pues el texto germano no pasó de ser un documento aspiracional, carente de todo valor jurídico.

Tampoco desmiente el carácter pionero del modelo español, el hecho de que el legislador nunca creara los Tribunales de Urgencia y que el agotamiento de la vía judicial previa se sustituyera, en el texto de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, por una reclamación administrativa frente al superior jerárquico de la autoridad autora del agravio[548], pues la originalidad a la que nos referimos descansa en el diseño previsto por la Constitución de 1931. En tal sentido, la voluntad declarada por el constituyente era que se crearan mecanismos diversos, ante órganos jurisdiccionales diferentes y que el agotamiento de uno fuera la condición para poder acceder al otro, rasgo que, más tarde, sería consustancial al denominado modelo hispano-alemán de amparo.

A pesar de lo dicho, el instituto procesal presentado tuvo dos problemas que le impidieron desplegar plenamente su eficacia: la omisión del legislador y el contexto político de la época.

En relación con el primer punto, al no haberse creado los Tribunales de Urgencia, el modelo de amparo de 1931 acabó siendo parcialmente teórico. Por tal carencia, sumada

[547] Para revisar de modo algo más detallado este debate, se sugiere revisar: OLIVER ARAUJO. Ob. Cit., pp. 331-332

[548] La disposición transitoria segunda de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales prescribía: "Mientras no estén constituidos los Tribunales de urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la autoridad competente. Se entenderá por autoridad competente, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el superior jerárquico inmediato del agente o autoridad que haya causado el agravio. La reclamación se formulará en plazo de cinco días, y el superior jerárquico deberá resolver dentro de los cinco días siguientes, transcurridos los cuales sin resolución se considerará denegada". Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; 14 de junio de 1933. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Documents/Ley%20Organica%20TGC.pdf. (fecha de visita: 10 de junio de 2023).

a la solución implementada por la normativa transitoria que intentó suplirla, el sistema de protección jurisdiccional de derechos diseñado por el constituyente, en cuyo cierre se erigiría un recurso constitucional extraordinario y subsidiario, se desfiguró hasta el punto de acabar viéndose muy similar a la *Beschwerde* austríaca.

Por otra parte, el contexto de inestabilidad institucional que atravesó España durante los años en que estuvo en vigor la Carta de 1931, dificultó el funcionamiento regular de las instituciones e impidió la consolidación de un ambiente respetuoso de los derechos fundamentales. Con ello, el sistema de amparo diseñado en la Constitución, a pesar de sus virtudes, estaba condenado a tener una corta vida.

De todos modos y como corolario de lo expuesto, es posible concluir que el denominado modelo germano-español de amparo tuvo su origen en España, en la Carta de 1931. A pesar de que, en la práctica, éste funcionara sólo parcialmente, su previsión en una norma fundamental que tuvo fuerza jurídica, basta para reclamar su originalidad.

El diseño que exhibía el sistema de amparo de la Constitución de 1931 reunía, por primera vez, los tres elementos característicos del modelo hispano-alemán, a saber: a) la competencia para conocer del mismo, en última instancia, se radicó en un órgano especializado y no perteneciente a la justicia ordinaria, lo que lo separa del modelo mexicano y también, del bávaro y del suizo; b) su destinatario no sería sólo la Administración como ocurría con la queja constitucional austríaca, sino también los jueces y se aplicaría en todos los niveles del Estado, a diferencia del modelo suizo, circunscrito sólo a las autoridades del orden subnacional; c) los derechos constitucionales serían amparados en una vía judicial previa y sólo en caso de que ésta fallase, se abriría la posibilidad de que el órgano especializado, de manera subsidiaria, pudiera pronunciarse sobre su eventual lesión.

3.1.2. Fundamentos del sistema español de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales

El sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, como ya se ha puesto de relieve, es el resultado de un largo devenir. Desde los remedios del derecho medieval aragonés hasta el modelo de amparo de la Constitución republicana de 1931, pasando por el derecho castellano y el colonial latinoamericano, es posible apreciar una cierta continuidad en la idea de que se requieren mecanismos tutelares efectivos para

la salvaguardia de algunos importantes atributos del individuo y, también, para prevenir o remediar los abusos de poder.

3.1.2.1. El (r)establecimiento del sistema de doble amparo en la Constitución de 1978

Tras el retorno a la democracia, como una forma de dar continuidad a su tradición jurídica, dejar atrás el pasado autoritario y robustecer el respeto a los derechos proclamados en la Constitución de 1978[549], el ordenamiento jurídico español estableció un sistema de doble amparo, inspirado en la Carta de 1931.

Este doble amparo se caracteriza por poseer dos niveles de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: el primero, ante la justicia ordinaria, como principal encargada de velar por su vigencia, a través de todos los procesos judiciales y, particularmente, del procedimiento especial, preferente y sumario, conocido como "amparo ordinario" o "amparo judicial" y el segundo, por medio del Tribunal Constitucional, en el que depositó el conocimiento de un recurso extraordinario, de naturaleza subsidiaria, denominado "recurso de amparo" o "amparo constitucional"[550].

Una idea crucial en la flamante democracia constitucional española, a la luz de los principios recogidos en la nueva Carta, era que los jueces ordinarios ocuparan un rol trascendental, erigiéndose en los garantes primarios y habituales de los derechos fundamentales, en todos los procesos, sin distinción de materias. Pero, esa idea convivía con un fundado temor –según explicara IGNACIO DE OTTO- de que el Poder Judicial, generado mayormente en el período anterior, exhibiera una actitud reacia a aplicar la nueva preceptiva constitucional, como ya había tenido ocasión de hacer el Tribunal Supremo[551].

Lo anterior justificó que la palabra definitiva, en lo tocante a la interpretación de la Constitución y de los derechos consagrados en ella, quedara en manos del Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo constitucional[552], instrumento en cuya

[549] CARRILLO Marc. Ob. Cit., p. 83.
[550] CARMONA CUENCA, Encarnación. "El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro". En: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y CARMONA CUENCA, Encarnación (coord.) *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 23-24.
[551] DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 147.
[552] CRUZ VILLALÓN, Pedro. Ob. Cit., 1991, p. 117.

virtud los ciudadanos que no consiguieran tutelar eficazmente sus derechos fundamentales ante la judicatura ordinaria, podrían impetrar directamente su protección ante aquella alta magistratura, a condición de haber agotado las vías judiciales previas disponibles para dicho propósito[553]. De esa forma, el recurso de amparo se muestra como excepcional, pues si la vulneración se imputa a una decisión judicial, como indica BIGLINO, éste "sólo entra en juego en caso de que los tribunales ordinarios no hayan otorgado la debida protección del derecho."[554]

La instauración de este modelo de protección de derechos fundamentales no estuvo, en el debate constituyente, exento de polémicas. Mientras que algunos pensaban que resultaba innecesario o derechamente inconveniente establecer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[555], otros tantos, convencidos de su pertinencia, junto con abogar en favor de su consagración definitiva en el texto, debieron bregar por alcanzar acuerdos sobre su naturaleza y alcances, que lo dotaran de coherencia en el contexto del nuevo orden institucional y resultaran, a la vez, aceptables para los distintos grupos políticos involucrados en la discusión[556].

El debate que suscitó el establecimiento del amparo explica, en gran medida, la lacónica regulación constitucional de tan importante institución y la dificultad de reconocer, por su intermedio, algunos de sus rasgos esenciales[557], muchos de los cuales acabaron siendo definidos por el legislador orgánico y, también, por la jurisprudencia

[553] Sobre esta materia, llama poderosamente la atención, la profunda vaguedad de los términos con que el constituyente español desarrolló, en el texto de la Carta de 1978, el recurso constitucional de amparo y, en especial, su naturaleza subsidiaria. En efecto, la subsidiariedad ha sido considerada por algunos más una obra del legislador orgánico que una decisión del constituyente. Sobre este punto, ver más en RUBIO LLORENTE, Francisco. "El recurso de amparo". En: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, p. 35.

[554] BIGLINO. Ob. Cit., 2018, p. 107.

[555] Así, por ejemplo, el senador por Zaragoza, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, perteneciente al grupo Progresistas y Socialistas Independientes, introdujo la enmienda Nº 1 al proyecto de Constitución, relativa a sus artículos 48.2, 155, 1, letra b); 156, letra b), y 158, párrafo primero, indicando: "El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional era, en la época de la Segunda República, una exigencia perentoria dada la situación de indefensión en que se encontraban los titulares de tantos derechos y libertades. Hoy, en cambio, parece más efectiva la vía de los tribunales ordinarios, apurando todas las exigencias necesarias y cuidando los principios de preferencia y sumariedad que el propio precepto consagra. Cuidando también, por supuesto, el grado de apelación. Si se cumplen esas exigencias, el recurso de amparo no solo no parece necesario, sino que podría resultar aun inconveniente desde el prisma de la seguridad jurídica, dada la prolongada duración que podrían alcanzar los litigios. Aparte de que parece razonable no sobrecargar de cometidos al Tribunal Constitucional." SENADO DE ESPAÑA. *Enmiendas al proyecto de Constitución*, 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf (fecha de visita: 25 de octubre, 2022)

[556] Para una síntesis de los puntos cruciales del debate, ver: RUBIO LLORENTE, Francisco. "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 2, N° 4, 1982, 60 y NP 54.

[557] Ibídem.

constitucional. Así, con justa razón, FIX-ZAMDIO dijo que la fisonomía constitucional del recurso de amparo presentaba algunas indefiniciones, que suscitaban importantes interrogantes[558].

3.1.2.2. Bases normativas del sistema español de garantía jurisdiccional de derechos fundamentales

El sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales está recogido en cinco normas de la Constitución: los artículos 24.1, 53.2, 123.1, 161.1 b) y 162.1 b). Tales preceptos pueden considerarse los basamentos constitucionales de dicho modelo y serán revisados, a continuación, con el propósito de intentar comprenderlos separada, pero sistemáticamente. No debe perderse de vista, sin embargo, que, a pesar de ser escasas normas las que lo regulan -tal como señala el profesor VILLAVERDE- el sistema español, debajo de su "aparente sencillez, esconde una enorme complejidad que no ha sido precisamente beneficiosa en el despliegue de todas las posibilidades" que subyacen en éste[559].

La primera de las normas regulatorias, a saber, el artículo 24.1 de la Constitución, establece que: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"[560]. Tal disposición, si bien no se refiere exclusivamente a la tutela judicial de los derechos fundamentales sino, en general, a la de todos los derechos subjetivos e, incluso, de los intereses legítimos, incluye -obviamente- los primeros, pues éstos, por su especial posición en el sistema jurídico, han de ser celosamente resguardados por los órganos jurisdiccionales. Al respecto, se ha afirmado que esta es la norma que garantiza, en forma primaria, la tutela judicial de los derechos fundamentales y que el artículo 53.2 "no es más que un plus a esa protección"[561]. Dicho en otras palabras, y siguiendo al profesor HERNÁNDEZ RAMOS, este precepto, que constituye el "punto de

[558] FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 1979, pp. 255-256.
[559] VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "Los otros procesos del amparo judicial ordinario. Procesos específicos y genéricos". En LUCAS y CARMONA (coord.). Ob. Cit., p. 276.
[560] Constitución española. Artículo 24.1. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229 (Fecha de visita: 30 octubre, 2022).
[561] CARMONA CUENCA. Ob. Cit., p. 24.

Arquímedes" en la protección de los derechos e intereses, puede considerarse una garantía jurisdiccional genérica de los derechos fundamentales[562].

Por su parte, el artículo 53.2 de la Ley Suprema es la norma que, en el siguiente tenor, configura directamente las bases del modelo español de amparo: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30."[563] El origen de la redacción actual de este precepto, se remonta a una enmienda *in voce* promovida por el senador Angulo Montes, originada en la falta de acuerdo respecto de si la relación entre el amparo ordinario y el constitucional sería subsidiaria, alternativa o de otra naturaleza, y en cuya virtud, se sugirió reemplazar la conjunción copulativa "y" de la propuesta original por la expresión "y, en su caso,", en función reservar al legislador orgánico la determinación sobre los supuestos de procedencia de uno y otro[564].

De la norma constitucional antes referida, en opinión del profesor CRUZ VILLALÓN, se desprenden dos ideas: la primera, es que existen dos formas de amparo, una "ordinaria" ante los "órdenes jurisdiccionales distintos de la jurisdicción constitucional" y una "extraordinaria" ante el Tribunal Constitucional y, la segunda, que el procedimiento de la primera se caracteriza por los principios de "preferencia" y "sumariedad"[565]. No obstante, la relación entre ambas formas de amparo no puede ser desprendida del texto normativo transcrito, ni aun enlazándolo con las otras normas basales del sistema español, así como tampoco es posible colegirla del debate que precedió a su instauración[566]. De hecho, las únicas certezas que pueden tenerse, en base a la redacción de la norma en cuestión, es que se trata de un sistema dual, constituido a expensas de órganos jurisdiccionales de diferente naturaleza y que no todos los derechos positivizados en la

[562] HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. "Apuntes sobre la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico constitucional español". *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 5, N° 3, 2007, p. 410.
[563] Constitución española. Artículo 53.2. Ob. Cit.
[564] DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. *Sesión plenaria Nº 26, celebrada el 29 de septiembre 1978*. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_062.PDF, pp. 3088-3089 (fecha de visita: 30 octubre, 2022)
[565] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 11.
[566] Ver, por todos: CARRASCO DURÁN, Manuel. "El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y práctica del recurso de amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 21, N° 63, 2001, pp. 83-87.

Constitución se encuentran sujetos a estas vías de amparo (ordinario y especial) sino que, en principio, éstas se extienden únicamente a aquellos expresamente mencionados.

Por otro lado, el artículo 123.1 de la Constitución española establece: "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales."[567] Con ello, se refrenda explícitamente que, en tales asuntos, es el Tribunal Constitucional el órgano que "culmina realmente el orden jurisdiccional"[568]. La simpleza teórica del enunciado transcrito, contrasta ostensiblemente con la complejidad de los problemas que su vaguedad ha podido acarrear en la práctica, dado que, en varias ocasiones, ambos altos tribunales han reclamado, como competencia propia y exclusiva, el pronunciamiento definitivo sobre un determinado asunto de relevancia jurídica respecto del cual se han hallado en abierto desacuerdo[569].

A su turno, el artículo 161.1 b) estatuye: "1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca". De esta norma, es posible desprender tres ideas básicas: primero, que el recurso de amparo es un mecanismo excepcional, eventual[570] o no necesario[571], en el entendido de que no procede siempre, sino sólo en los "casos y formas" que defina el legislador orgánico; segundo, que dicho legislador goza de una importante flexibilidad a la hora configurarlo[572]; y, tercero, que el

[567] Constitución española. Artículo 123.1. Ob. Cit. Esto debe complementarse con lo preceptuado por el artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, norma que establece: "El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica." Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Artículo 1.1. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con (fecha de visita: 30 septiembre, 2022).

[568] CANCER LALANNE, Enrique. "La Constitución como motivo del recurso de casación". *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 7, 1999, p. 126.

[569] Como sintetiza el procesalista Julio Banacloche, a raíz de esta norma, "han tenido lugar diversos episodios reveladores de una relación muy tensa entre el Tribunal Supremo, "órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (jurisdiccionales)" (art. 123.1 CE) y el Tribunal Constitucional, que es el superior "en materia de garantías constitucionales" (art. 123.1 CE). Y no sólo porque al primero le ha resultado difícil asumir doctrinas elaboradas por el segundo que no compartía, sino también porque, en ocasiones, el Tribunal Supremo discutía que se estuviera realmente ante una cuestión de naturaleza constitucional y no de legalidad ordinaria." BANACLOCHE PALAO, Julio. "El desarrollo de los derechos fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional". *Estudios De Deusto*, vol. 66, N° 2, 2018, p. 25.

[570] CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., 2001, pp. 112-113

[571] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 11.

[572] PALOMO VÉLEZ, Diego. "Amparo constitucional en España: Estudio sobre una experiencia de dulce y agraz". *Estudios Constitucionales*, vol. 5, N° 1, 2007, p. 444.

objeto preciso de este recurso de amparo es la tutela de los derechos fundamentales enumerados en la disposición citada.

Finalmente, el artículo 162.1 b) reglamenta lo siguiente: "1. Están legitimados: b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal." Esta norma da cuenta de que pueden impetrar el amparo constitucional dos tipos de legitimantes activos: particulares y órganos estatales. Ello, como advierte el profesor RUIZ MIGUEL, a su vez, "se conecta con las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales"[573].

Más allá de lo que se desprende de las normas antes señaladas, sea que traten expresamente sobre el amparo (artículos 53.2, 161.1 b y 162.1 b) o que se vinculen sólo genéricamente, al regular aspectos que ayudan a modelarlo (artículos 24.1 y 123.1) la arquitectura de éste y, por ende, del sistema de garantía jurisdiccional de derechos fundamentales en el que se inserta y del que son las piezas claves, ha sido delineada mayormente por el legislador orgánico. Este punto será crucial cuando, más adelante, se aborde la reforma de que ha sido objeto el recurso de amparo constitucional, mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, respecto de la reglamentación legal del amparo, es importante señalar que las dos normas de ese rango que, en sus orígenes, gobernaron el sistema de amparo establecido por la Constitución, fueron, por un lado, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y, por otro, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. La primera, de carácter transitorio y aprobada antes de la entrada en vigor de la Constitución -pero que comenzó a regir con posterioridad a ella- continuó regulando esta materia, por largo tiempo, para ir siendo sucesivamente sustituida por procedimientos especiales[574]. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya en su texto original, se encargaba de definir al amparo constitucional en la forma que actualmente lo conocemos, es decir, como un remedio "extraordinario, subsidiario y sucesivo a la tutela prestada por los Tribunales ordinarios a los derechos fundamentales."[575] Estas normas serán

[573] RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., 2017, p. 142.
[574] Respecto de dicha evolución, en virtud de la cual se fueron creando vías especiales de amparo ordinario en los distintos órdenes jurídicos, ver, por todos: CARMONA CUENCA. Ob. Cit., pp. 26-38
[575] LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. "Presentación". En: LUCAS y CARMONA (coord.). Ob. Cit., p. 14.

abordadas, en lo pertinente, más adelante, cuando se desarrollen los amparos ordinario y constitucional en los aspectos que resultan esenciales para esta investigación.

Con la reglamentación constitucional y legal antes mencionada, el amparo adquirió un importante rol en el foro jurídico durante de los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978. Éste se convirtió en un instrumento para encauzar al Poder Judicial, instándole, mediante la siempre presente posibilidad de invalidación de sus decisiones en caso de inobservancia, hacia una aplicación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales[576], permitiendo, de paso, que el Tribunal Constitucional desplegara una labor pedagógica en la materia[577] y colaborara en el desarrollo de los derechos fundamentales, tarea capital en el marco de la cualquier democracia.

Sin embargo, con el correr de los años, se ha ido asentando la idea de que, en una democracia madura, como la española, el principal garante de los derechos fundamentales ha de ser el juez ordinario[578], quien, en su quehacer cotidiano, debe interpretar el derecho conforme a aquéllos, permitiéndoles desplegar su mayor eficacia en toda relación jurídica. Con ello, se ha estimado que los procesos judiciales ventilados ante el Poder Judicial, tanto si su objeto versa sobre conflictos de derecho ordinario como si se trata específicamente de acciones tutelares, sean la sede natural para brindar protección a los derechos fundamentales[579]. Esto, correlativamente, ha determinado que el Tribunal Constitucional pueda ir cediendo espacios de mayor libertad a la judicatura ordinaria en la materia, ejerciendo un rol de supervigilancia menos intenso y más selectivo que en sus inicios[580].

---

[576] CASCAJO CASTRO, José Luis y GIMENO SENDRA, Vicente. *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 147.

[577] La expresión se emplea en el sentido que le da Peter Häberle, esto es, referida al efecto educativo que produce la labor del Tribunal Constitucional en la ciudadanía y en los restantes órganos públicos. Ver el uso de tal expresión, con ese significado, en: HÄBERLE, Peter. "El Tribunal Constitucional como poder político". *Revista de Estudios Públicos*, N° 125, 2004, pp. 13 y 36. En esa acepción se utiliza, entre otros, también en: PALOMO VÉLEZ. Ob. Cit., p. 441

[578] GARCÍA ROCA, Javier. "¿El confortable panorama de la tutela de los derechos fundamentales en los diversos procesos ordinarios y amparos judiciales?". En: LUCAS y CARMONA (coord.). Ob. Cit., p. 364.

[579] Ibídem, p. 358.

[580] En una posición con la que humildemente discrepamos, dado el éxito del recurso de amparo, se ha llegado a afirmar que "en este ámbito el Tribunal Constitucional ha cumplido su cometido histórico y que acaso haya llegado el momento de que, agotada su función, sencillamente la abandone o, al menos, la dote de un nuevo contenido." Prosigue su autor, señalando que "[s]u éxito sería, al cabo, el principio del fin de la razón de su existencia, únicamente Justificada, en su origen, como una excepción (típicamente europea) a la lógica de la garantía Judicial de la Constitución". REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. "El Tribunal Constitucional". En: DEL CAMPO, Salustiano y TEZANOS, José Félix (dir.) y JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel y VALLESPÍN, Fernando (ed.) *España Siglo XXI. 2 La Política*. Madrid: Instituto de España y Fundación Sistema, 2008, p. 262.

3.2. La garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en España

Como se dijo en el capítulo anterior, el sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales está principalmente orientado a proteger a la persona titular de éstos y se encuentra conformado por un conjunto de "procedimientos técnico-jurídicos que le permitan reaccionar contra cualquier violación de su status jurídico subjetivo"[581].

Asimismo, conforme a lo postulado en capítulo segundo, resulta posible afirmar que, en España, el sistema de garantía jurisdiccional interno se encuentra integrado por diferentes capas o niveles, entre los que se enumeran: a) la protección que brinda el Poder Judicial, mediante los procesos ordinarios o comunes; b) la protección que brinda el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de la ley; c) los amparos ordinarios o judiciales; d) el amparo extraordinario o recurso de amparo constitucional.

Sintetizando lo que se dijera en su oportunidad, los últimos dos niveles son eventuales y su existencia depende de una definición sistémica formulada por el respectivo ordenamiento. En el caso español, los cuatro niveles o capas de protección se encuentran presentes, por lo que serán examinados separada, pero sucesiva y sistemáticamente.

3.2.1. Primer nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por el Poder Judicial, a través de los cauces procesales ordinarios o comunes

Uno de los rasgos característicos del Estado Constitucional, según GARCÍA PELAYO, es el reconocimiento de la Constitución como norma "verdaderamente jurídica", lo que supone dotarla de "garantías jurisdiccionales, pues, un Derecho cuya validez no pueda postularse ante los tribunales no es un verdadero Derecho"[582].

La protección de los derechos fundamentales por parte de la justicia ordinaria, se realiza a través de todos los dispositivos procesales puestos a su alcance, sean acciones, incidentes o recursos. A la hora de pronunciarse sobre el derecho aplicable en cualquier

[581] VILLACORTA. Ob. Cit., p. 247.
[582] GARCÍA PELAYO, Manuel. "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela,* vol. 82, 1991, p. 38.

supuesto, instancia o grado, el órgano jurisdiccional respectivo no sólo está impedido de preterir los derechos fundamentales que pudieran encontrarse en juego, sino que, además, se halla obligado a dar a las normas aplicables la interpretación que más se ajuste a éstos.

De hecho, el Poder Judicial no sólo es el garante natural de los derechos fundamentales por las razones antes mencionadas, sino también, porque, desde una perspectiva práctica, quien responderá primero a la pretensión de tutela de un derecho lesionado, por encontrarse más rápidamente al alcance del agraviado, será un juez o tribunal ordinario

Concordante con lo anterior, en el caso español, el primer nivel o capa de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, viene dado tanto por la protección general que dispensan los jueces y tribunales ordinarios en todos los procesos, como a través de la garantía específica que brindan el recurso de casación y el incidente de nulidad de actuaciones.

3.2.1.1. La garantía general de los derechos fundamentales por el Poder Judicial, a través de los procesos ordinarios

En el Estado Constitucional y Democrático de Derecho actual resulta innegable que, indistintamente del modelo de justicia constitucional que exhiba un ordenamiento y de los arreglos institucionales dispuestos para la salvaguardia de los derechos fundamentales, la justicia ordinaria es siempre su primer garante.

Ese rol de garantía general que ejerce el Poder Judicial, en el ordenamiento español, se afinca en lo prevenido por el artículo 24.1 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. En virtud de este precepto, los derechos fundamentales pueden ser postulados y defendidos ante los órganos judiciales.

El derecho a la tutela judicial efectiva, según se ha señalado, "sirve de rótulo general para un conjunto de derechos subjetivos, elevados *ex Constitutione* a un rango superior, el de derechos fundamentales"[583]. El plexo de derechos antes descrito, no se agota en la mera posibilidad de judicializar un conflicto relativo a derechos fundamentales, derechos subjetivos ordinarios o meros intereses legítimos, sino que, siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT, puede sintetizarse, a lo menos, como un "derecho al

[583] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2019, p. 157.

libre acceso a los órganos de la jurisdicción, en orden a la interposición de la pretensión, y el derecho a obtener una resolución judicial, a ser posible de fondo, congruente y motivada en la prueba y en el derecho objetivo"[584].

En suma, la tutela judicial efectiva se traduce, del modo antes descrito, en una serie de condicionamientos constitucionales para la administración de justicia, al tiempo que se caracteriza por el "valor exponencial que ostenta como instrumento de protección procesal para los demás derechos constitucionales"[585].

De ese modo, siendo derechos subjetivos que ameritan una tutela judicial efectiva, los derechos fundamentales resultan obligatorios frente a todos los jueces y tribunales, en todos los negocios de que éstos conozcan. Los enunciados constitucionales y, en lo que nos interesa, los relativos a derechos fundamentales, constituyen normas inmediatamente aplicables por los jueces, sin que existan relaciones jurídicas inmunes a dicha vinculación. En efecto, como indica CARRILLO, "la consolidación del Estado de Derecho en España ha comportado —como no podía ser de otra manera— una irradiación de los derechos y libertades a todo tipo de relaciones jurídicas"[586].

En conclusión, la proyección de los derechos fundamentales sobre el resto del ordenamiento y respecto de todas las relaciones jurídicas, se traduce en la tutela que les brindan los jueces y tribunales del Poder Judicial, en el marco de sus competencias, en todos los procesos que se ventilen ante ellos.

3.2.1.2. El recurso de casación como garantía de los derechos fundamentales

Este medio de impugnación debe ser incluido en la presente categoría, en vista de que, más allá de las diferencias que guardan las reglamentaciones a su respecto en los diversos cuerpos legales y órdenes jurídicos, existe un elemento común a todas ellas: la disposición contenida en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

---

[584] GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Introducción al nuevo proceso civil*, volumen I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 49.
[585] RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, María José. *La tutela judicial efectiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 14.
[586] CARRILLO, Marc. "La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible". *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 81, 2008, p. 90.

3.2.1.2.1. El artículo 5.4 de la LOPJ y la violación de los derechos fundamentales como fundamento del recurso de casación

La citada disposición estatuye: "En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional"[587].

Lo anterior significa que, en principio, la violación de la Constitución y -en lo que nos interesa- de los derechos proclamados en ella como fundamentales, puede constituir *per se* un motivo que haga procedente el recurso de casación.

Empero, corresponde aclarar que, tal como se ha especificado, esta norma no ha creado, por sí sola, un recurso de casación "autónomo" [588] o diferente del contemplado en la legislación propia de cada orden jurídico, sino que ha venido a refrendar el carácter vinculante de la Carta española, dejando atrás el pasado programático de sus antecesoras[589].

Por otro lado, como previenen MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES, "la cita de un precepto constitucional como norma infringida podrá servir de fundamento al motivo si esa norma constitucional es aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso (por ejemplo, el art. 33.3 CE)"[590]; aunque, tratándose de un derecho fundamental que cuente con un desarrollo legislativo que haya delimitado su contenido y eficacia, la sola

[587] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 5.4. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con (fecha de visita: 02 de octubre, 2022).
[588] CANCER. Ob. Cit., pp. 114-116.
[589] Así, por ejemplo, se ha razonado por el Tribunal Supremo, en el ATS 2796/2001, FD 4, lo que sigue: "(…) Y esta conclusión no puede verse afectada por el hecho de que el recurrente intentara también la preparación al amparo del art. 5.4 LOPJ , pues este precepto -cuya vigencia se mantiene- no autoriza una especie de recurso de casación autónomo que proceda siempre que se alegue la vulneración de algún derecho fundamental, al margen de cualquier otro requisito legal, sino únicamente la posibilidad de fundamentarlo en la infracción de precepto constitucional, pero sólo en 'los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación', es decir, cuando se trate de resolución susceptible de ser recurrida en casación, lo que no acaece en el presente caso (…)". Auto del Tribunal Supremo 2796/2001, de 13 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#. (fecha de visita: 02 de octubre, 2022).
[590] MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *El Recurso de Casación Civil. Casación e Infracción Procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 515.

invocación de su reglamentación constitucional resultará insuficiente para fundar el recurso[591].

En base a lo anterior se ha llegado a postular que las previsiones contenidas en el artículo 5.4 de la LOPJ resultarían desmesuradas y de escasa incidencia en la regulación de la casación por infracción constitucional, categoría que subsistiría, aunque dicha aquélla fuese derogada. Por otro lado, se cree que su intención original habría sido más pedagógica que técnica y que su existencia ha operado como un aliciente para la utilización del recurso de casación[592].

Dejando de lado tales controversias, la norma del artículo 5.4 de la LOPJ establece dos reglas de universal aplicación en los sistemas recursivos de los diferentes órdenes jurídicos: una concerniente a la competencia funcional y que residencia la casación por infracción constitucional en el Tribunal Supremo[593] y otra, relativa a la procedencia de este recurso, el que opera "según la ley", es decir, sujeto a la reglamentación existente en cada materia, sin pretender erigirse en un cauce nuevo o independiente.

En vista de que la normativa procesal de los diferentes órdenes, a pesar de sus caracteres definitorios y limitaciones particulares, efectivamente ha instrumentado mecanismos para plantear la infracción constitucional (y, con ello, la vulneración iusfundamental) vía casación, es posible sostener que dicho recurso constituye una forma de garantizar los derechos fundamentales ante la judicatura ordinaria.

Por último, este rol garantista del recurso de casación debe entenderse sin perjuicio de la creciente tendencia a la objetivación que ha ido experimentando dicho medio de impugnación en España, en la mayoría de los órdenes jurídicos.

3.2.1.2.2. La objetivación del recurso de casación en los distintos órdenes jurídicos

Desde hace algunos años, es posible apreciar una creciente tendencia del legislador procesal a rediseñar los recursos de casación, orientándolos a una función más objetiva que subjetiva. En la actual estructura de las casaciones del sistema español, el interés del recurrente eventualmente afectado o *ius litigatoris* ha sido paulatinamente

[591] Ibídem, pp. 515-516.
[592] BONET NAVARRO, José. *Casación penal e infracción de precepto constitucional*. Pamplona: Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 188.
[593] MONTERO y FLORS. Ob. Cit., p. 514.

desplazado por el interés público o *ius constitutionis*, traducido en favorecer, por intermedio de este recurso, el surgimiento de una doctrina jurisprudencial estable y de calidad[594].

De ese modo, la casación española ha ido convergiendo progresivamente hacia un rol más orientado a la nomofilaquia, transición que representa una suerte de retorno hacia la función clásica que este tipo de recursos estaba llamado a cumplir, según explica CALAMANDREI, erigiéndose en un medio de defensa de la ley frente a las transgresiones que pudieren cometer los jueces[595].

En esa misma tendencia se inscribe la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la que, tal como indica en su exposición de motivos, buscó implantar una casación civil basada en el interés casacional, "es decir, el interés trascendente a las partes procesales"[596]. Ello, en función de superar la manera en que dicho recurso había venido operando tradicionalmente en el derecho español, esto es, "si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente, como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto"[597].

No obstante, la misma Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo un recurso extraordinario por infracción procesal, recientemente extinto, el que estaba llamado a cumplir una función ligada al *ius litigatoris*, permitiendo la protección del particular afectado en sus derechos procesales, labor en la que entroncaba con el recurso de amparo, sirviendo de barrera o, en su caso, de antesala al mismo, circunstancia reflejada en la propia exposición de motivos de la ley[598].

La estrecha relación el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de amparo constitucional venía dada porque el grueso de las lesiones denunciadas a través del este último se vinculaba con los derechos protegidos por el artículo 24.1 de la Constitución española, bajo la genérica denominación de "tutela judicial efectiva" y, con ello, ambos dispositivos procesales, el recurso extraordinario, primero y el amparo, después, versaban sobre el mismo objeto material.

Sin embargo, la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, trajo consigo la eliminación del recurso extraordinario por infracción procesal y

[594] Para ahondar en la distinción entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, ver, por todos: CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Santiago: Olejnik, 2021, pp. 23-24.
[595] Ibídem, pp. 28-30 y 149-150.
[596] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Exposición de motivos*. XIV, párrafo 10°. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323. (fecha de visita: 03 de octubre, 2022).
[597] Ibídem, XIV, párrafo 1°.
[598] Ibídem, XIV, párrafos 13°-20°.

amplió el recurso de casación, de cariz objetivo, a la infracción de normas procesales, ya no sólo sustantivas[599].

Algo similar se observa, en relación con el recurso de casación del orden contencioso-administrativo, el que, desde la reforma de 2015[600], reviste una naturaleza objetiva[601], sin que lo dispuesto por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, haya hecho variar tal carácter[602].

Por su parte, el recurso de casación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también ha ido integrándose en esta tendencia hacia la objetivación. Lo anterior es resultado, por un lado, de las reformas operadas por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y, por otro, de las modificaciones introducidas por el ya citado Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

En relación al primer cuerpo legal, éste instituyó un recurso de casación frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales o, en su caso, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuyo motivo único es la infracción de precepto sustantivo[603] y cuya admisión exige acreditar la existencia de interés casacional[604]. En caso de no concurrir dicho interés, la unanimidad de los miembros del tribunal puede inadmitir el recurso, mediante providencia sucintamente motivada.

---

[599] Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Artículo 225.7. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-15135 (fecha de visita: 10 agosto, 2023).

[600] Se modifica mediante la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/21/7 (fecha de visita: 10 agosto, 2023).

[601] El artículo 88 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa exige que el recurso de casación presente "interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia", regulándose extensamente las hipótesis en que éste puede concurrir, así como los casos en que se presume. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Artículo 88. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con (fecha de visita: 10 agosto, 2023).

[602] La citada reforma únicamente afecta a la letra b) del artículo 88.3 b) LJCA, en relación a uno de los supuestos en que se presume la existencia de interés casacional, reemplazando la antigua redacción, que expresaba: "Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea", por la fórmula: "Cuando dicha resolución se aparte de la jurisprudencia existente de modo deliberado por considerarla errónea o de modo inmotivado pese a haber sido citada en el debate o ser doctrina asentada". Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio.

[603] Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 847.1.b., 849.1 y 852. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con (fecha de visita: 11 de agosto, 2023).

[604] Ibídem, artículo 889.2.

La citada normativa, asimismo, generalizó el recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal y por las Audiencias Provinciales, segunda instancia que tendría lugar, respectivamente, frente a la Audiencia Provincial o la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia competente. Por otro lado, aunque no se modificó el recurso de casación en relación a las resoluciones de los órganos antedichos, el Tribunal Supremo, mediante la STS 476/2017, de 26 de junio, interpretó que, habiendo variado el régimen del recurso de apelación, la casación debía potenciar su función nomofiláctica, razón por la que los recursos de este tipo debían sustentar su "relevancia casacional" para ser admitidos[605]. Esto último, con el propósito de evitar que la casación simplemente reiterara los argumentos ventilados ante el tribunal de segunda instancia. Por ello, nace una nueva obligación de plantear una contradicción normativa entre el fallo emitido en la segunda instancia y el derecho sustantivo, que revista interés casacional[606].

La segunda norma (Real Decreto-Ley 5/2023), incorpora el criterio jurisprudencial antes mencionado, reformando el recurso de casación procedente contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, permitiendo acordar su inadmisión a trámite mediante "providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad, por carencia de relevancia casacional y la pena privativa de libertad impuesta, o la suma de las penas privativas de libertad impuestas, no sea superior a cinco años, o bien se hayan impuesto cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración". De esa manera, se cristaliza la directriz hermenéutica sustentada por el Tribunal Supremo, con lo cual, el recurso de casación penal da otro paso más en dirección hacia la objetivación.

---

[605] TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia 476/2017, de 26 de junio. Disponible en: https://vlex.es/vid/685581397 (fecha de visita: 12 de agosto, 2023).

[606] Ver, al efecto: PODER JUDICIAL ESPAÑA. *Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 09-06-2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-09-06-2016--sobre-unificacion-de-criterios-sobre-el-alcance-de-la-reforma-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-2015--en-el-ambito-del-recurso-de-casacion (fecha de visita: 12 de agosto, 2023).

3.2.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones como garantía de los derechos fundamentales

Se trata de un mecanismo de antigua raigambre en el ordenamiento jurídico español, pero cuya vinculación con el sistema de protección de derechos fundamentales se hizo más evidente tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y se ha ido estrechando conforme a la evolución experimentada por el recurso de amparo constitucional.

3.2.1.3.1. Primera etapa: idas y vueltas del incidente de nulidad de actuaciones (desde 1881 hasta 2007)

Ya la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveía el incidente de nulidad de actuaciones, aunque de un modo muy diferente a su actual regulación, para corregir vicios procesales formales. En contraste con su precisa finalidad, los litigantes le dieron una utilización indiscriminada, la mayor parte de las veces con fines puramente dilatorios[607], al tiempo que los tribunales ordinarios fueron sosteniendo dispares interpretaciones sobre sus reales alcances[608].

El problemático contexto antes descrito, redundó en la decisión del legislador de derogar el incidente de nulidad de actuaciones, mediante la Ley 34/1984, de 7 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta determinación legislativa, se vio reforzada por la aprobación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo artículo 240 reconducía, en su texto original, las pretensiones invalidatorias a los recursos y demás medios expresamente previstos por la legislación procesal y establecía una restringida fórmula para la nulidad de oficio.

---

[607] DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?". En: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (ed.) *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 104-105.

[608] Como ejemplo de tales indefiniciones puede citarse que, a pesar de que el texto de la ley no admitía interponer el incidente una vez que existiera sentencia firme en el respectivo proceso, una vacilante jurisprudencia acabó aceptando esa posibilidad, posición que halló respaldo en la doctrina procesal. CARRASCO DURÁN, Manuel. "La defensa de los derechos fundamentales procesales ante la jurisdicción ordinaria: la ley orgánica 19/2003 de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial". En: LUCAS y CARMONA. Ob. Cit., pp. 213-214.

Con ambas reformas, se sellaba el destino del incidente de nulidad de actuaciones, al menos, momentáneamente, remediándose un abuso originado en su mala praxis. Ello, a costa de generar un sensible vacío en lo tocante a las "vulneraciones de derechos fundamentales derivadas directamente de resoluciones o sentencias dictadas en la última instancia de los procesos, o bien de actuaciones que las partes perjudicadas no hubieran podido conocer o impugnar antes de recaer la resolución o sentencia que pusiera fin al proceso"[609].

Dicha carencia, además, estimuló la interposición de recursos de amparo constitucional con el propósito de interesar la nulidad de actuaciones una vez dictada sentencia firme. De esa manera, se buscaba la celebración de un nuevo proceso o la retracción del vigente a la fase en que tuvo lugar el acto viciado, todo ello, fundándose en la violación del artículo 24.1 de la Constitución[610].

En ese contexto, el Tribunal Constitucional, en cierta medida forzado por las circunstancias, debió paliar, vía amparo constitucional, la ausencia de un cauce procesal específico ante el supuesto de una vulneración ocurrida o conocida una vez que la sentencia definitiva gozara de firmeza[611]. En un primer momento, dicha magistratura intentó ampliar los márgenes de la declaración de nulidad de oficio prevista en el artículo 240.2, al interpretar que el impedimento legal de ejercer dicha facultad una vez que se hubiese dictado "sentencia definitiva", debía entenderse como sentencia "definitivamente ejecutada"[612]. Esta doctrina, asentada mediante la STC 110/1988, de 25 de junio, implicaba que una resolución firme, pero cuyo cumplimiento pendía, era apta de ser enmendada por el juez o tribunal respectivo, a través de esta vía procesal.

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional decidió examinar, vía autocuestión de inconstitucionalidad (la primera desestimada en toda su historia) la conformidad del artículo 240 con la Carta Fundamental. En la STC 185/1990, de 25 de noviembre, dicho órgano, entre otras reflexiones, llegó a la conclusión de que, al existir la vía del recurso de amparo constitucional para remediar las vulneraciones de derechos fundamentales acaecidas o conocidas con posterioridad a que la sentencia definitiva quedara firme, el carácter restrictivo de la nulidad prevista en la citada disposición no pugnaba con el

[609] CARRASCO DURÁN, Manuel. "La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 95, 2012, p. 68.
[610] GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Colex, 2003, pp. 291-292.
[611] DIEZ PICAZO. Op. Cit., 2018, pp. 105-109
[612] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 110/1988, de 8 de junio, FJ 3. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1051 (fecha de visita: 03 de octubre, 2022).

derecho a la tutela judicial efectiva, con el carácter subsidiario del recurso de amparo ni con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En otras palabras y tal como dijo textualmente el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, a la luz de la reglamentación procesal en vigor, el amparo es "un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme"[613]. La concepción expresada en esa sentencia, fomentó notablemente la utilización del recurso de amparo constitucional para denunciar lesiones -reales o pretendidas- de garantías procesales después de dictarse sentencia firme por la justicia ordinaria.

En el mismo contexto, los tribunales ordinarios, en algunos casos, acomodando las normas procesales vigentes, dieron cabida a pretensiones anulatorias de este tipo, las que, de haber sido desatendidas, se habrían traducido en la indefensión de una o ambas partes[614].

La precariedad del escenario descrito, no sólo fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, órgano que en sus sentencias exhortó al legislador a intervenir, sino también por la justicia ordinaria y la doctrina, que echaban en falta una vía procesal para canalizar las pretensiones de esta naturaleza. La reiteración de este reclamo, originó que, mediante la Ley Orgánica 5/1997[615], de 4 de diciembre, se reintrodujera el incidente de nulidad de actuaciones, en los apartados tercero y cuarto del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[616],. En su nueva reglamentación, esta nulidad podía impetrarse, fundada "en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes

[613] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 5.
[614] CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., 2012, pp. 68-69.
[615] La propia exposición de motivos de la Ley, en su punto 1º, lo expresa con claridad, al señalar: "Resulta apremiante superar la indeseable situación, muchas veces repetida, resultante del tenor literal del apartado 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual no existe cauce para declarar la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal una vez que "hubiere recaído sentencia definitiva".
Los problemas planteados, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional en distintas sentencias y la ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables y también sumamente inconveniente, en otro orden de cosas, para el propio Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual." Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Exposición de motivos*, 1. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-26034 (fecha de visita: 22 febrero, 2023).
[616] Con posterioridad, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, trasladará esta regulación al artículo 241 del citado cuerpo legal.

de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida"[617].

Esta reglamentación, como se desprende de su tenor literal, circunscribió las alegaciones de nulidad únicamente a los "defectos de forma" causantes de indefensión y a la incongruencia del fallo. Respecto de esta última hipótesis, se ha criticado su inclusión en un remedio de esta naturaleza, en tanto su detección y solución requieren adentrarse en la argumentación jurídica que sustenta la resolución impugnada[618].

Por otro lado, conviene destacar que el legislador consideró expresamente a esta regulación como desarrollo del artículo 53.2, en lo relativo a tutela judicial ordinaria[619]. No obstante, siguiendo a CARRASCO DURÁN, tal afirmación no sería del todo exacta, en vista de que esta vía configura un mecanismo breve y sumario, pero no goza de "preferencia" en su tramitación[620].

A raíz de la reincorporación del incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal Constitucional, en cuanto tuvo ocasión de hacerlo, clarificó que éste constituye la vía judicial a agotar en forma previa a deducir el recurso de amparo constitucional[621].

De todo lo dicho anteriormente, fluye que el incidente de nulidad de actuaciones –o más bien, su notoria ausencia entre 1984 y 1997- repercutió directamente en la tasa de recursos de amparo presentados y acogidos para remediar situaciones de presunta vulneración de garantías procesales que, de otro modo, carecían de un cauce ante la jurisdicción ordinaria. Ello pudo contribuir en el advenimiento del fenómeno que coronó al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en palabras de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, como la "estrella en el firmamento jurídico-constitucional

[617] Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 1°. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1997/12/04/5 (fecha de visita: 22 febrero, 2023).
[618] CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., 2012, p. 71.
[619] La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, en su punto 1º, párrafo 4º, afirma, en tal sentido: "Con esta reforma queda planteada, en términos más razonables, la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales."
[620] CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., 2012, p. 71.
[621] Así, afirmó rotundamente, en la STC 105/2001, que en dicho caso "era exigible la interposición previa del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ, y, al no haber sido hecho así por la parte actora, el presente recurso de amparo deviene inadmisible al haberse interpuesto de forma prematura por falta de agotamiento de la vía judicial previa." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 105/2001, de 23 de abril, FJ 4. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4401 (fecha de visita: 22 febrero, 2023).

español"[622], siendo el más invocado en sede de amparo constitucional por los litigantes, dada su *vis atractiva* y el que más páginas ha colmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de su *vis expansiva*.

Lo anterior permite observar que allí donde había un vacío de protección, el recurso de amparo constitucional debió operar como un sustituto que colmase tal déficit, situación que volverá a presentarse con el correr del tiempo, en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa, según se dirá más adelante.

Volviendo a la evolución legislativa del incidente de nulidad de actuaciones, con posterioridad a su reinstauración, se aprobó la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, que perfeccionó su regulación. Adicionalmente, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dictada sólo unos meses después, estatuyó en su artículo 228, el denominado "incidente excepcional de nulidad de actuaciones", que previó este instituto en favor de "quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo" y en base a "defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario"[623].

La citada normativa, que contemplaba detallada y cuidadosamente la procedencia, tramitación y efectos del incidente de nulidad de actuaciones, estaba destinada a recibir aplicación general, dado su tratamiento en una ley procesal –que resulta más apropiado, dada su naturaleza- y por el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 4º). Sin embargo, su entrada en vigor quedó suspendida hasta la reforma que debía experimentar la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el objeto de evitar que la reglamentación se duplicara. La diferencia más importante entre ambos regímenes era la exclusión de la incongruencia en el fallo como supuesto de procedencia de esta forma de nulidad.

No obstante, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modificó la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, no sólo no derogó la preceptiva regulatoria del incidente de nulidad de actuaciones, sino que, manteniéndola, la trasladó al artículo 241, a la vez que ajustó su texto, en alguna medida, a las regulaciones de la Ley de

[622] DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva". *Poder Judicial*, vol. 5, 1987, p. 41.
[623] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículo 228.1. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con (22 de febrero, 2023).

Enjuiciamiento Civil, pero manteniendo su procedencia en casos de incongruencia del fallo, lo que generó una evidente asimetría con esta última[624].

En vista de existir dos regulaciones paralelas sobre el referido incidente y dado el carácter supletorio de la procesal civil, en la práctica ambas normativas suelen citarse conjuntamente al instarlo[625].

3.2.1.3.1. El incidente de nulidad de actuaciones como "piedra angular" en la tutela de los derechos fundamentales (2007 a la actualidad)

Con el advenimiento de la reforma implementada mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se modificó profundamente el recurso de amparo constitucional, dotándolo de un carácter objetivo, que buscó reducir su procedencia. Con ello, como plantea la profesora GONZÁLEZ ALONSO, se produjo una inversión en el juicio de admisibilidad, transitando desde el modelo original, en el que el Tribunal Constitucional únicamente podía inadmitir el recurso de amparo si el recurrente no había satisfecho las exigencias legales para su procedencia, a uno en que la regla general es la inadmisión y sólo excepcionalmente, una vez cumplidos tales presupuestos, dicha magistratura se pronunciará sobre el fondo si el asunto reviste una "especial trascendencia constitucional"[626].

Esta reforma, a su vez, pretendió establecer un nuevo balance en la responsabilidad de tutelar los derechos fundamentales, pues al restringir el acceso al Tribunal Constitucional, se buscó que los tribunales ordinarios adoptaran un rol más protagónico en dicha tarea. Consecuente con esta reorientación, el déficit generado por la objetivación del recurso de amparo constitucional sería paliado por una ampliación del incidente de nulidad de actuaciones[627].

---

[624] CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., p. 73.

[625] RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. "El incidente de nulidad de actuaciones". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, N° 1, 2021, p. 120.

[626] GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. "La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la "objetivación" del recurso de amparo." *CEF Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, vol. 139-140, 2012, p. 63.

[627] La relación directamente proporcional entre la reducción del amparo constitucional y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones queda clara en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007, en la cual se expresa lo siguiente: "La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley

En virtud de tal reforma, se modificó el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permitiendo interponer el incidente de nulidad de actuaciones frente a la vulneración de cualquier derecho de los enumerados en el artículo 53.2 de la Constitución "siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario"[628]. Abona la tesis sobre el carácter compensatorio de esta nueva regulación, el que, a diferencia del recurso de amparo constitucional, el incidente requiere la simple lesión subjetiva del derecho, sin considerar su trascendencia constitucional objetiva[629]. La antedicha constituye su fisonomía actual.

Por otro lado, una reforma que tuvo un notorio impacto sobre el incidente de nulidad de actuaciones y, por ende, también sobre el recurso de amparo constitucional fue la emprendida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, en cuya disposición final tercera, se transformó sustancialmente el régimen recursivo de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicha normativa, en líneas generales, eliminó la doble instancia en tales procesos y creó un recurso de casación por interés casacional, en virtud del cual, la impugnación que se formule debe revestir una trascendencia objetiva[630].

A ese cuadro, debe sumarse la abundante y contundente jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, respecto de las garantías del artículo 24 de la Constitución española, situación que merma notablemente las posibilidades de éxito de cualquier recurso de casación en lo contencioso-administrativo que pretenda fundarse en errores procesales.

Como resultado de todo lo señalado, el incidente de nulidad de actuaciones adquiere una relevancia aún mayor -al menos en el texto de la ley- en la medida que se erige como la última posibilidad que asistirá a los administrados y, también, a los tribunales de dicho orden, para enmendar las infracciones constitucionales, especialmente las de orden procesal, que pudieren haberse cometido en la tramitación o resolución de los conflictos de esta naturaleza.

Orgánica 6/1985, de 1 de julio." Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. *Exposición de motivos*, III. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483 (fecha de visita: 03 de abril, 2023)

[628] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 241.1. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con (fecha de visita: 02 de octubre, 2022).

[629] RODRÍGUEZ-ZAPATA. Ob. Cit., p. 121.

[630] Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disposición final tercera. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/21/7 (fecha de visita: 10 agosto, 2023).

Conforme a lo dicho, el incidente de nulidad de actuaciones, originalmente derogado por los problemas que acarreaba, hoy se presenta, al menos en el ideario del legislador, como una vía de solución de las lesiones que no pudieron ser remediadas a través de otros medios procesales. De esa manera, y a la luz de la evolución normativa de dicho incidente, es posible afirmar, siguiendo nuevamente a la profesora GONZÁLEZ ALONSO, que "la piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular"[631].

En su eficacia práctica, el incidente de nulidad de actuaciones y las diferentes interpretaciones sostenidas sobre su exigibilidad para el agotamiento de la vía judicial, han creado un escenario de relativa incertidumbre respecto de la temporalidad del recurso de amparo que pueda interponerse subsecuentemente. Así, si el incidente no se deduce en forma previa al amparo, en circunstancias que el Tribunal Constitucional lo estimase procedente, la falta de agotamiento de los remedios disponibles impediría hacer lugar a aquél, por prematuro, dada su naturaleza subsidiaria; si, por el contrario, dicho expediente se formula, estimándose por el órgano de jurisdicción constitucional que ello no resultaba necesario, el amparo constitucional habrá devenido extemporáneo. En este punto, se ha criticado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se halla sembrada de claroscuros, situación que dificulta a los justiciables el diseño de estrategias de litigación con garantías de éxito[632].

En contraste con el auspicioso panorama que se vislumbraba tras la última reforma al incidente de nulidad de actuaciones, se han levantado numerosas críticas que se refieren a tal modificación y cuya intensidad varía. Así, por un lado, es posible encontrar aquellas posturas críticas que sugieren ajustes, tales como residenciar la competencia para resolver sobre el incidente de nulidad de actuaciones en un juez o tribunal diferente[633] o en el superior jerárquico de aquél que dictó la resolución impugnada[634], o bien, configurarlo como un recurso obligatorio para la tutela de los derechos fundamentales, entregado al conocimiento de una sala especial del Tribunal Supremo[635]. Por otro lado, se encuentran quienes sostienen su abierta inutilidad, estimándolo más un obstáculo en la tutela de los derechos fundamentales que un reforzamiento en esa dirección[636].

---

631 GONZÁLEZ ALONSO. Ob. Cit., p. 91.
632 LÓPEZ NAVÍO, Ana. "A vueltas con la problemática del incidente 'excepcional' de nulidad de actuaciones y su relación con el recurso de amparo constitucional". *Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época*, vol. 20, 2020, p. 258.
633 RODRÍGUEZ-ZAPATA. Ob. Cit., pp. 127-128.
634 LÓPEZ NAVÍO. Ob. Cit., p. 258.
635 CARRASCO DURÁN. Ob. Cit., 2012, p. 87 y LÓPEZ NAVÍO. Ob. Cit., p. 259.
636 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ. Ob. Cit., pp. 119-122; y, también, LÓPEZ NAVÍO. Ob. Cit., pp. 258-259.

Probablemente, haciendo eco de las dificultades que ha presentado la articulación entre el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo constitucional, el Tribunal Constitucional ha flexibilizado, en alguna medida, la exigencia de interponer el primero, en algunas situaciones en que ella podría obstar o demorar la apropiada protección de los derechos fundamentales en juego. Ello ha ocurrido, especialmente, en tres situaciones: la primera, cuando se compruebe que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse, en todas las instancias, sobre los derechos fundamentales sustantivos que posteriormente serán invocados como fundamento del amparo constitucional[637]; la segunda, que opera "en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuzgada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte"[638]; y la tercera, que se produce "cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal mediante el procedimiento de *hábeas corpus"*[639]. En ninguno de tales casos, la interposición del incidente resulta ya exigible

[637] Tal es el caso de la STC 176/2013, dictada en un recurso de amparo promovido en contra de la sentencia de casación dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que rechazó la demanda de los actores por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, basándose en la libertad de información prevalente de los demandados. Parte del debate se centró en la inadmisibilidad del recurso de amparo promovido, por no haberse deducido un incidente de nulidad de actuaciones respecto de la sentencia del Tribunal Supremo. Respecto de esto último, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 3° de su fallo, razonó que "no puede reprocharse al demandante que no plantease ante el propio Tribunal Supremo incidente de nulidad de actuaciones, con la pretensión de que éste reconsiderase el fondo de su resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial. Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 3. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12182. (fecha de visita: 30 de abril, 2023) Una detallada explicación del cambio de doctrina jurisprudencial que significó esta sentencia, puede encontrarse en: RODRÍGUEZ-ZAPATA. Ob. Cit., pp.127-129.

[638] Ello ocurrirá, por ejemplo, en aquellos órdenes jurídicos en que el último recurso procedente tiene carácter objetivo y en que la inadmisión del recurso presentado carece de tal relevancia, como ocurre con la casación en lo contencioso-administrativo. Así fue resuelto, en un caso de ese tipo, por la STC 112/2019, en que el Pleno del Tribunal Constitucional rectificó su doctrina sobre el particular. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 112/2019, de 3 de octubre. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15679 (fecha de visita: 30 de abril, 2023)

[639] En la STC 73/2021, dictada por el Pleno de dicha magistratura, se exonera a los demandantes de amparo de la carga de interponer el incidente de nulidad de actuaciones en los procesos de *hábeas corpus*. De ese modo, el referido fallo concluye que "no parece razonable la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones para entender agotada la vía judicial previa cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17 CE e invoque, tanto la vulneración del art. 17.4 CE en exclusiva, como la concurrencia de una serie de quejas que resulten imputables a autoridades y funcionarios no judiciales, así como al órgano judicial encargado del control de la medida limitativa del derecho fundamental, que, según se denuncia, no haya llegado a tutelarla de modo efectivo." TRIBUNAL

para el agotamiento de la vía judicial previa al amparo constitucional y parece previsible que, de mantenerse inalterada la reglamentación legal vigente, las excepciones de este tipo pudieran continuar incrementándose.

3.2.2. Segundo nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de la ley y, especialmente, de la cuestión de inconstitucionalidad

Dado que es el "guardián de la Constitución", el Tribunal Constitucional es el órgano que cierra o corona el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. De esa forma, a través de los diversos procesos de que conoce, éste puede brindar tutela a tales derechos, los que forman parte esencial del parámetro de verificación que dicho órgano aplica. Especialmente, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se presta, de modo indirecto, a través del control de constitucionalidad de la ley

En España, el control de constitucionalidad de las leyes se lleva a cabo a través de mecanismos diferentes de aquellos que buscan brindar tutela directa a los derechos fundamentales. Con ello, es posible reconocer en este modelo, con relativa pureza, la presencia de las dos variantes de la justicia constitucional: la primera dedicada a examinar la conformidad de las normas generales con la Constitución y, la segunda, aquella que CAPPELLETTI denominaba "jurisdicción constitucional de la libertad"[640].

En el sistema español, el control de constitucionalidad de la legislación se ejerce fundamentalmente a través de dos vías: el recurso de inconstitucionalidad, promovido por órganos de gobierno o legislativos y la cuestión de inconstitucionalidad, a instancias de órganos jurisdiccionales[641]. En general, ambas vías se encuentran más ligadas a la garantía objetiva de la Constitución (y de los derechos fundamentales), por lo que serán

CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 73/2021, 18 de marzo, FJ 2. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6619. (fecha de consulta: 30 de abril, 2023). Para un interesante análisis sobre esta sentencia y sus implicancias, se recomienda la lectura del siguiente comentario: CARRASCO DURÁN, Manuel. "Recurso de amparo, habeas corpus y subsidiariedad: en los límites de la justicia constitucional". *Diritti Comparati*. 3 de junio de 2021. Disponible en: https://www.dirittocomparati.it/recurso-de-amparo-habeas-corpus-y-subsidiariedad-en-los-limites-de-la-justicia-constitucional/ (fecha de consulta: 30 de abril, 2023).

[640] CAPPELLETTI. Ob. Cit., p. 25.

[641] Esto lo refrenda el artículo 29.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al prescribir: "Uno. La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:
a) El recurso de inconstitucionalidad.
b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales."

retomadas en tal apartado. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad tiene una limitada dimensión de garantía subjetiva, que amerita su incorporación en este acápite.

La cuestión de inconstitucionalidad, cuya existencia arranca de los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es un proceso que se origina a instancias de cualquier juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, cuando considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso de que conoce y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución[642].

Este instituto permite una limitada intervención de las partes de un proceso judicial, que se reduce a la posibilidad de instar para que el juez que conoce del mismo, eleve la cuestión relativa a la inconstitucionalidad de una norma legal decisiva ante el Tribunal Constitucional. No obstante, la decisión sobre formular o no dicha cuestión recae exclusivamente en el juez ordinario respectivo, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal[643]. Si aquél decide plantear la cuestión, las partes del proceso *a quo* podrán personarse ante el Tribunal Constitucional, en el plazo y condiciones fijados por el artículo 37.2 de su Ley Orgánica[644]. En caso de que el juez respectivo decida no plantear la cuestión respectiva, el auto denegatorio no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad que asiste a las partes de intentar que se formule en las instancias o grados posteriores[645].

---

[642] El artículo 163 de la Constitución prescribe: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos." A su turno, el artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece: "Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley".

[643] Por ello, como destaca el profesor Pérez Tremps, es tan importante la audiencia previa de las partes, pues "ese es el momento en el que pueden alegar lo que estimen conveniente sobre la viabilidad procesal y material de la cuestión. Pero, además, aunque el objeto de la cuestión viene formalmente determinado por el Auto de planteamiento, éste a su vez tampoco puede salirse del marco en el que el órgano judicial encierra el previo trámite de alegaciones, de forma que es éste el que fija los límites máximos. Lógicamente, la cuestión podrá plantearse posteriormente respecto de menos preceptos o por menos motivos, pero lo que nunca podrá hacer es plantearse respecto de normas y por motivos sobre los que no se han pronunciado las partes y el Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente." PÉREZ TREMPS, Pablo. "La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español". *Estudios Constitucionales*, vol. 3, N° 1, 2005, p. 136.

[644] El artículo 37.2 de la LOTC, al efecto, dispone: "Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días."

[645] En tal sentido, el artículo 35.2 de la LOTC dispone: "Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme."

El Tribunal Constitucional realizará un control abstracto de la norma impugnada[646] y su sentencia producirá efectos *erga omnes*[647]. Se trata, por tanto, de un instituto de naturaleza esencialmente objetiva. Sin embargo, no debe perderse de vista que, cuando las partes instan ante el juez o tribunal ordinario por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad "no lo hacen para lograr la depuración del ordenamiento, sino para asegurar que sea resuelto correctamente aplicando una ley constitucional que proteja sus intereses y no una ley inconstitucional que los contravenga y que el Juez tiene prohibido inaplicar salvo que plantee cuestión contra ella"[648]. Así, como indica la profesora REQUEJO, este instituto resulta de "una combinación de elementos objetivos y subjetivos"[649]. Adicionalmente, si el argumento que la parte interesada vierte para fundar esta solicitud, es que la ley en cuestión vulnera sus derechos fundamentales, este mecanismo se convierte, a pesar de su naturaleza mayormente objetiva, en uno que también tributa a la garantía subjetiva de éstos.

Refuerza esta importancia subjetiva de la cuestión de inconstitucionalidad, el que, a pesar de tratarse de un proceso que busca examinar la constitucionalidad objetiva del precepto legal impugnado, proceda, conforme al artículo 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la suspensión provisional del proceso *a quo*, medida que sería "inherente, en rigor, al carácter prejudicial de la propia cuestión"[650]. Ello da cuenta de que el legislador orgánico también buscó velar por los intereses subjetivos de las partes del proceso *a quo*, procurando evitar que éstas se vieran perjudicadas por los efectos que pudieran derivarse de la aplicación de dicha norma a su respecto.

---

[646] El profesor Villaverde considera que, dado que la "cuestión se plantea, y así debe ser, en el marco de un proceso concreto, respecto de un objeto litigioso específico, y con ocasión de la aplicación de una regla normativa concreta extraída de la ley para la decisión de ese objeto litigioso", debe concluirse que se trata de un control que no es completamente abstracto. Siguiendo, para ello, a Cruz Villalón, Medina Guerrero y Rubio Llorente, concluye que se trata de un "control concreto imperfecto". Ver, por todos: VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad". *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 18, 2003, pp. 249-250.

[647] Ello se desprende de los artículos 164.1 de la Constitución española y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

[648] REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. "Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva". *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época)*, vol. 15, 2015, p. 13.

[649] Ibídem.

[650] SIMÓN YARZA, Fernando. "Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 129, 2023, p. 86.

3.2.3. Tercer nivel: la protección de los derechos fundamentales vía amparos ordinarios

Este nivel de protección de los derechos fundamentales, en España, reviste un cariz doblemente excepcional.

La primera razón para sustentar su excepcionalidad es que los derechos fundamentales no requieren de institutos procesales especiales para entenderse garantizados jurisdiccionalmente. Los procesos ordinarios y el control de constitucionalidad de la ley son las vías que, por excelencia, preservarán su ámbito material. La creación de ciertos cauces procesales especiales destinados a amparar uno o más derechos fundamentales constituye un refuerzo a su protección, mas no una condición para su plena eficacia. Concordante con ello, la Constitución española no establece, en su artículo 53.2, un derecho subjetivo a procedimientos especiales de protección ante los jueces ordinarios ni ante el Tribunal Constitucional, sino que estatuye -como explica IGNACIO DIEZ-PICAZO- "un mandato al legislador"[651], para dotar a su protección ordinaria de ciertos rasgos procedimentales y para instrumentar, "en su caso", un cauce ante el Tribunal Constitucional.

El otro motivo de la excepcionalidad de la tutela vía amparos ordinarios, viene dado porque no todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española son susceptibles de ser defendidos a través del sistema de amparos ordinarios, sino sólo aquellas "libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo"[652]. Otro tanto se dirá, más adelante, respecto del ámbito material del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El sistema de doble amparo, al que se hizo alusión más arriba y cuyos orígenes se remontan a la Carta española de 1931, se estructura, en principio, sobre la base de una dualidad de vías procesales para instar por la tutela de los derechos fundamentales: una ordinaria, de naturaleza preferente y sumaria, a cargo del Poder Judicial y una extraordinaria, de naturaleza subsidiaria, ante el Tribunal Constitucional. A la primera de ellas, se dedicará el siguiente apartado.

---

[651] DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo". En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ PICAZO-GIMÉNEZ, Ignacio. *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. Madrid: McGraw Hill Interamericana, 1996, p. 117.

[652] Constitución española. Artículo 53.2. Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=53&fin=54&tipo=2 (fecha de visita: 6 de agosto, 2022)

3.2.3.1. El procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, establecido en el artículo 53.2 de la Constitución española

En España, la justicia ordinaria es custodia de los derechos fundamentales, en general, en todos los procesos que se ventilan ante ella y, en particular, a través del denominado "amparo ordinario" o "judicial". Su nombre es obra de la doctrina y jurisprudencia, dado que el constituyente formalmente llama "amparo" sólo al recurso que concede ante el Tribunal Constitucional.

La Constitución española, respecto de la fórmula procesal del amparo ordinario, únicamente prevé, en el artículo 53.2, que ésta goce de los caracteres de "preferencia" y "sumariedad", reservando su concreción al legislador. Sin embargo, la escueta regulación constitucional desató, a poco andar del orden constitucional, una serie de polémicas sobre el verdadero sentido de ese mandato y, correlativamente, sobre la adecuación de la legislación existente a los estándares fijados por el constituyente.

En primer término, el concepto de "preferencia" se entendió como la necesidad de que los procesos de amparo judicial u ordinario fueran conocidos con prioridad sobre los restantes asuntos encomendados al respectivo órgano jurisdiccional[653]. Dicho concepto no define, entonces, un rasgo del procedimiento, sino que se alza como un imperativo para el juez o tribunal respectivo, cuya satisfacción dependerá, en gran medida, tanto de la carga de trabajo de dicho órgano[654] como de la existencia de "medios personales y materiales" que permitan darle plena efectividad[655].

Por otra parte, la noción de "sumariedad" ha representado mayores complejidades, tanto en el plano teórico como práctico. En efecto, se ha subrayado que dicho concepto tiene un significado técnico preciso y se emplea para calificar a procesos en que no existe "plenitud de conocimiento, proporcionadores de una rápida tutela jurisdiccional, pero a

[653] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. "La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* vol. 2-3, 1978, p. 412. El profesor Ignacio Villaverde, a este respecto, añade que "la apertura de estos procesos debiera alterar el régimen del orden de reparto y turnado de asuntos para anteponerse a aquellos que incluso hayan ingresado con antelación en el tiempo, y ser objeto de atención inmediata por el órgano jurisdiccional." VILLAVERDE. Ob. Cit., 2008, p. 285.

[654] CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. "El amparo judicial en lo contencioso-administrativo". En: Gabaldón López, José (dir.) *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial,* N° XXVII, Madrid: CGPJ, 1994, p. 270.

[655] Ibídem, p. 303.

reserva del replanteamiento del tema, con toda su extensión, en un ulterior proceso plenario"[656] sin que, al parecer, fuera tal el sentido que quiso darle el constituyente.

Por otro lado, se ha sostenido, también, que el concepto de "sumario" buscaba inhibir el empleo del amparo ordinario para asuntos ajenos a la tutela de derechos fundamentales, tal como explica el profesor CARRILLO, al indicar que "sumariedad comporta una cognición limitada a aquello que constituye el objeto del proceso: la protección de los derechos fundamentales ante presuntas violaciones. Más allá de lo cual, la vía procesal específica no puede ser utilizada"[657].

Tal imprecisión conceptual se calificó, durante la puesta en marcha de la Constitución, como "muy grave"[658] por un sector doctrinal, pues equivale a asumir que un proceso rápido no puede ser de conocimiento pleno, lo que resulta inexacto[659]. Además, tal confusión podía acabar guiando al legislador a establecer un proceso de naturaleza diversa a la prevista por el constituyente o al juez a restringir indebidamente el alcance de dicho amparo. No obstante, hoy parece existir consenso en torno a que lo pretendido con el empleo de tal vocablo fue más bien instaurar un proceso rápido o célere. A esa misma conclusión arribó, en su momento, el Tribunal Constitucional, órgano que interpretó de esa misma manera el término "sumariedad"[660].

Por último, otra discusión suscitada sobre el amparo ordinario, decía relación con la necesidad de configurarlo como un único proceso, siguiendo el tenor literal del mandato del artículo 53.2 de la Constitución ("un procedimiento") o bien, la posibilidad de instaurarlo a través de diferentes mecanismos procesales adaptados a cada uno de los órdenes jurídicos en que recibiría aplicación, que es la manera en que, desde la entrada en vigor de la Carta de 1978, ha operado.

Sobre el punto anterior, están quienes defienden la necesidad de un procedimiento único como constitucionalmente imperativo o quienes, sin ir tan lejos, lo consideran más aconsejable por razones de orden teórico o práctico, como también quienes defienden la opción tomada por el legislador de haber creado diferentes fórmulas, según la materia de que se trate. En tal sentido, resulta posible constatar que han existido una multiplicidad

[656] DE LA OLIVA. Ob. Cit., p. 413.
[657] CARRILLO. Ob. Cit, 2008, p. 85.
[658] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución". *Revista de Administración Pública*, vol. 89, 1979, p. 233.
[659] Ibídem, p. 243.
[660] Al efecto, ver: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4; y STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6. Disponibles en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1968; y https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2967 (fecha de visita: 30 de septiembre, 2022).

de instituciones de amparo ordinario en los órdenes civil, penal, contencioso-administrativo, social y militar, y también, algunas herramientas específicas para la protección de determinados derechos fundamentales, establecidas en leyes especiales.

La opción de crear diferentes procesos especiales, según el orden jurídico o la naturaleza de los derechos fundamentales tutelados, se aviene a la tendencia que se observa en otros ordenamientos y tiene la ventaja de poner en la protección jurisdiccional de aquéllos en manos de jueces especializados, lo que permite aplicarlos según el contexto y conforme a las particularidades que cada materia reviste[661].

3.2.3.2. Evolución de la regulación procesal sobre los amparos ordinarios

Los amparos ordinarios que reconoce actualmente el ordenamiento español son resultado de una evidente evolución. Desde las primeras regulaciones contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, hasta las actuales normativas contenidas en diversos cuerpos legales, es posible observar un manifiesto progreso técnico, derivado tanto del exitoso proceso español de constitucionalización del derecho como de los aprendizajes recogidos por los poderes legislativo y judicial en torno a este trascendental asunto, durante más de cinco décadas.

3.2.3.2.1. Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona: origen y finalidades

La regulación original del amparo ordinario se remonta a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, norma promulgada días antes de la entrada en vigor de la Constitución española, razón por la que se considera técnicamente como una "ley preconstitucional"[662].

[661] OEHLING DE LOS REYES, Alberto. "El artículo 53 de la Constitución Española de 1978. Esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales". *Revista de Derecho Político,* vol. 100, 2017, pp. 1117-1118.

[662] Ver, por todos: CARMONA. Ob. Cit., p. 27. A diferencia de la posición mayoritaria, Sauca sostiene que esta ley es "formalmente postconstitucional", pues, aunque su promulgación antecedió a la de la Constitución, la publicación de esta última se realizó, en el Boletín Oficial del Estado, el 29 de diciembre de 1978, mientras que la de aquélla tuvo lugar únicamente el 3 de enero de 1979 y, a falta de previsión

Dicha norma se gestó en el marco de los Pactos de la Moncloa (1977) y su finalidad original sería la de proporcionar un cauce procesal expedito para la defensa de los derechos fundamentales de participación política, en el contexto de la recientemente recuperada democracia española. Así, a pesar de que la Constitución y esta ley fueron tramitándose a la par, dado su específico propósito y el carácter provisional que se le atribuyó desde su más temprano origen, ésta tuvo, desde el punto de vista de su contenido, escasa conexión con aquélla.

El vaso comunicante entre la normativa constitucional y la Ley 62/1978 sería la disposición final de esta última, que permitía al gobierno ampliar -también, provisionalmente- el catálogo de derechos susceptibles de ser tutelados por intermedio de sus vías procesales (penal, contencioso-administrativa y civil, respectivamente). Tal ampliación, realizada mediante el Real Decreto-Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, extendió el alcance de la Ley 62/1978 y sus respectivas vías tutelares a otros derechos fundamentales no previstos en el texto originalmente aprobado, sin llegar a comprender todo el elenco detallado en el artículo 53.2 de la Constitución.

No obstante, la vinculación entre ambas normas acabaría de sellarse con la dictación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en cuya disposición transitoria segunda se previó que, mientras no se desarrollara legislativamente el artículo 53 de la Constitución -y, por ende, también de modo provisional- se asumiría que la vía judicial previa requerida para interponer el recurso de amparo constitucional sería "la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley sesenta y dos/mil novecientos setenta y ocho, de veintiséis de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución"[663].

Del modo descrito, la Ley 62/1978, originalmente concebida con una finalidad muy precisa y para un determinado momento del proceso de transición a la democracia, terminó convertida, mientras no se dictase el cuerpo legal respectivo, al menos en teoría, en la vía judicial previa al recurso de amparo constitucional. Ello le permitió subsistir, al menos parcialmente vigente y a pesar de varias derogaciones sucesivas, hasta el año 2002.

específica, su entrada en vigor se prorrogó veinte días más. SAUCA CANO, José María. "La provisionalidad de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona". *Revista de las Cortes Generales*, vol. 24, 1991, p. 146.

[663] Disposición segunda transitoria de la LOTC.

3.2.3.2.2. Evolución normativa de los amparos ordinarios

La evolución de los amparos ordinarios puede explicarse en torno a la historia de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, pues el tránsito desde su puesta en marcha hasta su completa abrogación permite reconstruir el derrotero seguido por el legislador democrático, en su camino hacia el perfilamiento y perfeccionamiento de un sistema de tutela de derechos fundamentales estructurado a expensas de procesos especiales, radicados ante el Poder Judicial.

Dicha evolución puede comprenderse, de modo más sistemático -y a pesar de no aparecer tratada de esa manera en la literatura especializada- conforme a la periodificación que se propondrá a continuación, en cinco etapas, las cuales permiten entender las tendencias legislativas imperantes en diferentes momentos, en torno al amparo judicial de derechos.

3.2.3.2.2.1 Primera etapa: remisión genérica a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre

Desde la entrada en vigor de la Constitución y por un par de años, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sería la única norma legal referida al amparo de derechos fundamentales en sede ordinaria. A pesar de tratarse de un solo cuerpo normativo, la Ley 62/1978 no establecía un único procedimiento de amparo judicial, sino que contenía tres especialidades procesales, referidas a la garantía de los derechos fundamentales en los ámbitos penal, contencioso-administrativo y civil. Ello no obstó a que el legislador democrático, en sus primeros años, realizara remisiones genéricas que debían entenderse referidas a dicha preceptiva, en alguna de sus fórmulas procesales.

Una remisión general, como las indicadas anteriormente, operó al dictarse la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, norma que, en su artículo cuarto, previó la tutela jurisdiccional de tal derecho, mas sin distinguir la vía específica a emplear, reenviando genéricamente al "amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional"[664]. Así, también, ocurrió con la Ley

[664] "Los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal

Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio, en cuyo artículo 3.1 se establecía, de modo aún más vago que en el caso anterior, la impugnabilidad de los actos de la autoridad administrativa frente a tales supuestos, "en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes"[665].

3.2.3.2.2.2. Segunda etapa: remisión específica a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre

Con posterioridad, y probablemente en la búsqueda de estabilidad normativa, el legislador orgánico, al desarrollar ciertos derechos fundamentales en específico y regular su garantía judicial, estableció algunas reglas especiales, pero remitiendo explícitamente, en lo restante, a las normas procesales de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

Así aconteció, por un lado, con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuya disposición segunda transitoria formula un reenvío a las normas procesales de las secciones segunda y tercera de la Ley 62/1978, con algunas modificaciones importantes sobre legitimación de las partes y tutela cautelar[666], entre otros asuntos.

Por otro lado, la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, sin perjuicio de realizar ligeras modificaciones procesales, remite al artículo 7.6 de la Ley 62/1978, la que, en su texto original, ya preveía un procedimiento especial para casos gobernados por esta normativa.

Algo muy similar ocurrió con la –hoy derogada- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, cuyo artículo 21.3 estableció que las "resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo y las del Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido" se

Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica". Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Artículo 4°. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-15955 (fecha de visita: 03 de octubre, 2022).

[665] La norma referida señala: "Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes." Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Artículo 3.1. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774 (fecha de visita: 03 de octubre, 2022).

[666] Las normas especiales sobre legitimación activa se encuentran recogidas en los artículos 5° y 6° del citado cuerpo legal y aquellas relativas a la tutela cautelar, en el artículo 9°. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196 (fecha de visita: 03 de octubre, 2022).

tramitarían ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a las reglas "que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas"[667]; agregando, en su disposición transitoria primera, que: "En tanto no sean promulgadas las normas reguladoras de amparo judicial, el procedimiento que se contiene en el artículo 21 se desarrollará según la Ley 62/1978, de 26 de diciembre"[668].

3.2.3.2.2.3. Tercera etapa: regulaciones especiales

En un cambio de tendencia, el legislador orgánico comenzó a establecer regulaciones novedosas, sin anclaje ni relación con las contenidas en la Ley 62/1978. De ese modo ocurrió con la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, la que estableció una detallada normativa para el ejercicio de este derecho, creando cauces procesales específicos para hacerlo valer[669].

De otra parte, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 17.4 de la Constitución, la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguló un proceso especial para el *hábeas corpus*[670].

Igualmente, mediante la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, el legislador estableció una serie de procedimientos específicos relativos a la rectificación del censo en período electoral, a las reclamaciones sobre candidatos y candidaturas, y a la proclamación de electos. Si bien este último cuerpo legal, en su artículo 38, estableció que los recursos relativos a la rectificación del censo fuera de período electoral se regirían "por el procedimiento preferente y sumario previsto en el número 2 del artículo 53 de la Constitución"[671], ello constituye sólo una excepción

[667] Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Artículo 21.3. Esta norma se encuentra actualmente derogada. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-7250 (fecha de visita: 4 de octubre, 2022).
[668] Ibídem. Disposición transitoria primera.
[669] La reglamentación procesal sobre el ejercicio de las acciones a que da lugar la infracción de esta normativa, se contiene en los artículos 4° a 8° de esta ley orgánica. Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-7248 (fecha de visita: 4 de octubre, 2022).
[670] Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus". Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-11620 (fecha de visita: 4 de octubre, 2022).
[671] Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Artículo 38.4. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672 (fecha de visita: 4 de octubre, 2022).

frente al establecimiento de los otros nuevos mecanismos procesales diferenciados para el amparo de los derechos políticos, en dicho cuerpo legal[672].

En tal sentido, las leyes orgánicas reseñadas establecerán regulaciones procesales independientes de los cauces previstos en la Ley 62/1978, fenómeno que, además de responder a la naturaleza ordinaria o común (y no orgánica) de esta última, puede vincularse, también, al carácter provisional que le fue asignado desde sus orígenes, naturaleza que acabaría siendo contradicha, en la práctica, por su extendida vigencia.

3.2.3.2.2.4. Cuarta etapa: nuevos amparos ordinarios

La cuarta etapa comprende la aprobación de dos estatutos procesales, en órdenes jurídicos no previstos originalmente en la Ley 62/1978, a saber, los amparos militar y social.

El amparo del orden militar fue estatuido mediante la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyo artículo 453.3 declara que contra "las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario" que se encuentra regulado en el artículo 518 del mismo cuerpo legal[673].

El amparo del orden social, por su parte, fue introducido mediante Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y cuyos artículos 174 y siguientes regularon el procedimiento de tutela de la libertad sindical. Esta ritualidad, por mandato del artículo 180, se extendía, también, a los demás derechos fundamentales aplicables en las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social. La fórmula procesal prevista en este orden jurídico presentó una especificidad propia, diferenciada de otras formas de amparo ordinario, la que, entre otras innovaciones, previó la prueba indiciaria y una correlativa inversión del *onus probandi* en favor del demandante que produjera eficazmente aquélla. Dicha regulación fue mantenida, en términos muy similares, por la normativa posterior,

[672] Así, por ejemplo, los artículos 40 y 49 del citado cuerpo legal, establecen cauces procesales propios para los asuntos contencioso-electorales. Ibídem.

[673] Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Artículo 453.3. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1989-8712 (fecha de visita: 5 de octubre, 2022).

contenida en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral[674].

3.2.3.2.2.5. Quinta etapa: reemplazo y derogación de la Ley 62/1978

Con el correr del tiempo, el legislador optó por establecer nuevos cauces procesales para la tutela de los derechos fundamentales en sede administrativa, civil y penal, abrogando las previsiones normativas contenidas en la Ley 62/1978 para tales asuntos.

De esa manera, en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se previó un procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales de la persona en ese orden jurídico. Esta regulación, a diferencia de su predecesora, que establecía originalmente la suspensión del acto administrativo impugnado como regla general (artículo 7º de la Ley 62/1978) concibió dicha medida cautelar y cualquier otra, sólo para supuestos en los cuales éstas resulten imprescindibles para resguardar la finalidad legítima del recurso impetrado (artículo 130 de la Ley 29/1998). Lo anterior, junto con otros factores, explicaría, a juicio del profesor SÁNCHEZ MORÓN, el descenso en el interés de los litigantes por promover este cauce especial, si se le compara con la frecuente utilización que, en su momento, se dio a la vía tutelar contencioso-administrativa prevista por la Ley 62/1978[675].

También, se reemplazará lo dispuesto en la Ley 62/1978, en lo tocante a la regulación del amparo del derecho de reunión, mediante el artículo 122 de la Ley 29/1998, que estatuye un nuevo procedimiento para su tutela jurisdiccional.

Por otra parte, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vino a derogar las normas de la Ley 62/1978, en lo tocante a la tutela civil de los derechos fundamentales, disponiendo, en cambio, que dicha protección se prestaría a través del juicio ordinario, debiendo éste tramitarse, en tales casos, con intervención del Ministerio

[674] Capítulo XI denominado "De la tutela de los derechos de libertad sindical" configura este procedimiento con ese propósito, incluyendo los demás derechos fundamentales por mandato expreso del artículo 181. Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Artículo 181. Esta norma se encuentra actualmente derogada. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-8758 (fecha de visita: 6 de octubre, 2022).

[675] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Reflexiones sobre la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a las Administraciones Públicas". En: LUCAS y CARMONA. Ob. Cit., p. 56.

Fiscal y en forma preferente (artículo 249.1.2º). En este rubro, como puede apreciarse, más que un proceso autónomo, la tutela se presta a través de especialidades procesales, que someten al asunto a una tramitación privilegiada[676].

Finalmente, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, vino a asestar el golpe de gracia a la Ley 62/1978. Esta norma legal suprimió formalmente la garantía de los derechos fundamentales prevista en dicho cuerpo legal para la sede penal, que era la única regulación subsistente en ella. Sin embargo, como aclara CARRASCO DURÁN, la mayor parte de tales preceptos no habían recibido aplicación durante largo tiempo antes de su derogación[677] y la única excepción eran las normas relativas al secuestro judicial de las publicaciones, previstas en el artículo 3.2 de la extinta ley.

Por su parte, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que reemplazó al Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril y que actualmente gobierna esta materia, prevé el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas en términos más amplios que sus predecesoras, tanto en lo tocante a su objeto como a sus sujetos.[678] De todos modos y tal como ha sucedido desde sus orígenes, conforme al actual artículo 184 de la Ley 36/2011, el procedimiento de tutela en el orden social mantiene una naturaleza excepcional o residual frente al resto de las vías procesales existentes en la materia[679].

---

[676] GÓMEZ, BARONA y MONTERO. Ob. Cit., p. 241.

[677] CARRASCO DURÁN, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 387.

[678] El artículo 177 de la Ley 36/2011 establece, tal como sus predecesoras, que son sujetos activos "[C]ualquier trabajador o sindicato"; sin embargo, innova al considerar sujetos pasivos tanto al empleador como a los "terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios". Finalmente, establece como objeto del proceso, la tutela de la "libertad sindical, huelga, u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso", fórmula que reúne la totalidad de derechos y situaciones que, como fruto de la evolución legislativa, han sido comprendidos dentro de este proceso. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 177. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936 (fecha de visita: 7 octubre, 2023).

[679] Ello se desprende claramente del artículo 184 de La Ley 36/2011, que estatuye: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del

En síntesis, puede observarse que la regulación del amparo ordinario pasó de encontrarse reunida en un solo continente normativo (Ley 62/1978) a exhibir un tratamiento fragmentario, en diferentes cuerpos legales.

Si bien, la legislación original también distinguía entre tres distintos tipos de tutela de derechos fundamentales, según la materia, la actual normativa suele considerar a cada forma de amparo judicial como una pieza más en la regulación general del respectivo derecho fundamental (en el caso de los amparos particulares) o del respectivo orden jurídico (en los denominados amparos generales), lo cual permite armonizarlos e insertarlos sistemáticamente en el conjunto formado por las demás normas que conforman la preceptiva en cuestión.

3.2.3.2.2.6. Funcionalidad de los amparos ordinarios en el sistema español

La función que el constituyente pretendía asignar al amparo ordinario o judicial, en relación al recurso de amparo constitucional, no resulta completamente clara.

Se ha discutido, en base a la historia de su establecimiento, si se pretendía configurar al amparo ordinario como un mecanismo protector diferenciado y paralelo al amparo constitucional o bien, como una vía única tutelar de derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, que funcionara como antesala al recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional y resguardara, de esa manera, su subsidiariedad.

Sea cual fuere la intención original del constituyente de 1978, lo cierto es que la idea del amparo judicial como un mecanismo paralelo al constitucional fue descartada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precepto que previó este último recurso para el resguardo de todos los derechos fundamentales indicados en el artículo 53.2 de la Constitución, eliminando la posibilidad de que el amparo ordinario tuviera un ámbito material propio y diferenciado. Por otra parte, la visión de los amparos judiciales como antesalas de los recursos de amparo, también ha sido superada por la práctica, dado que la mayoría de los estos últimos traen causa de una vulneración cometida por órganos

artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva". Ibídem.

judiciales en el marco de procesos ordinarios y no de alguna de las vías preferentes y sumarias a que se ha hecho referencia anteriormente.

De esa forma, en el terreno de los hechos, el amparo judicial ha cumplido un discreto rol que, en general, ha distado del papel que pretendió asignarle el constituyente de 1978. En tal sentido, escapan a esa regla general, por un lado, el procedimiento para el amparo del derecho de reunión, previsto en el artículo 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, por otro, el contencioso electoral previsto en los artículos 49 y 109 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, pues ambos fueron modelados "atendiendo a la urgencia reclamada por los derechos constitucionales protegidos"[680] y operan, en la práctica, de un modo reconocidamente eficiente.

Por último, debe considerarse que la pretensión de separar los procesos judiciales ordinarios, basados en la aplicación de la mera legalidad, de los procesos judiciales especiales, preferentes y sumarios, basados en la aplicación exclusiva de la Constitución, parece hoy irrealizable y artificiosa[681]. Ello, dado el contexto de Estado Constitucional, en que la Carta Fundamental es directamente aplicable y los derechos proclamados en ella irradian el completo espectro de las relaciones jurídicas, desdibujando, de esa forma, la antes nítida diferencia entre los terrenos de lo constitucional y lo simplemente legal.

3.2.4. Cuarto nivel: la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo

El recurso de amparo es un remedio excepcionalísimo. Se trata de una herramienta complementaria de los procesos ordinarios, del control de constitucionalidad de la ley, y de los ya excepcionales cauces de amparo ordinario, en la labor de garantizar los derechos fundamentales. Constituye, por tanto, el cuarto componente o nivel del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Su regulación, como algo se adelantó, se desprende de los artículos 53.2, 161.1 b) y 162.1 b) de la Constitución y se complementa por lo preceptuado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

[680] PASCUA MATEO, Fabio. "El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998". *Revista de Administración Pública*, vol. 185, 2011, p. 147.
[681] Así lo estima, entre otros, el profesor Manuel Aragón. Ver: ARAGÓN REYES. Ob. Cit., 2019, p. 32.

Su objeto es la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 53.2 de la Constitución (artículos 14 al 29 y 30.2) con lo cual se corona el sistema de protección reforzada de que éstos gozan.

A pesar de tratarse de una atribución no contemplada originalmente en el diseño de los Tribunales Constitucionales, es innegable que, en España y en cualquier otro país en que haya sido establecida, ésta acaba convertida en una "competencia estelar"[682], no sólo por la importancia de la materia sobre la que versa, sino también por su recurrente empleo. Prueba de ello, en palabras de BORRAJO INIESTA, son "los miles de particulares que se agolpan a las puertas de Domenico Scarlatti, sede del Tribunal de la Constitución, para pedir el amparo de sus derechos y libertades individuales"[683], cita que ilustra, en lenguaje figurado, la recurrencia de este instituto y, también, advierte el peligro de su utilización excesiva.

En tal sentido, la ubicuidad de los derechos fundamentales y la consecuente posibilidad de invocarlos en cualquier relación jurídica, ha fomentado una multiplicación desmedida del amparo constitucional, poniéndolo bajo riesgo –como dijo PÉREZ TREMPS- de "morir de éxito"[684].

Asimismo, frente a los numerosísimos amparos constitucionales promovidos, el Guardián de la Constitución se ha visto distraído de sus competencias tradicionales, además de saturado de asuntos pendientes de resolución, sin que las reformas legislativas operadas para corregir dicha situación hayan sido del todo eficientes.

A este importantísimo mecanismo de tutela directa de derechos fundamentales y, particularmente, a su estructura, funcionamiento, fortalezas y problemas, se dedicará el siguiente apartado.

Para acometer dicha tarea, primero, se analizará el recurso de amparo según el esquema analítico desarrollado en el capítulo primero, considerando sus elementos configuradores (procedimiento, sujetos, parámetro de verificación y objeto) de modo que pueda comprenderse su estructura básica. Luego, se examinará el rol que dicho medio

---

[682] BILBAO UBILLOS, Juan María. "Lección 14. Las garantías de los derechos fundamentales". En BIGLINO, BILBAO, REY et. al. Ob. Cit., p. 415.

[683] BORRAJO INIESTA, Ignacio. "Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derechos, pronunciamientos, admisión, costes". *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, vol. 3, 2008, p. 159.

[684] PÉREZ TREMPS, Pablo. "La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre 'morir de éxito' o 'vivir en el fracaso'. *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 41, 2018, p. 254.

procesal extraordinario juega en el contexto general del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en España.

3.2.4.1. Elementos configuradores del recurso de amparo

3.2.4.1.1. Especificidad procedimental del amparo constitucional

El recurso de amparo es, en palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, "aquel instituto procesal por cuya virtud se protegen especialmente determinados derechos y libertades, precisamente aquellos reconocidos en el art. 14 de la CE (derecho a la igualdad jurídica o de trato sin discriminación) y en la Sección primera del Capítulo 2º del Título I de la CE (derechos fundamentales y libertadas públicas), además del derecho a la objeción de conciencia. Supuesto, pues, un agravio concreto a un derecho objeto de esta protección, se pretende a través del recurso lograr la tutela necesaria para restablecer la situación jurídica perturbada y también el orden constitucional, pues la doble naturaleza de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva, implica que su vulneración afecte no sólo a situaciones jurídicas subjetivas sino también al orden constitucional en su conjunto"[685].

En cuanto a su naturaleza, puede afirmarse que el amparo constitucional es, por regla general, un recurso extraordinario y subsidiario y, excepcionalmente, una acción procesal independiente y autónoma. En efecto, lo normal será que el objeto impugnado por su intermedio sea una decisión judicial previa que no tuteló debidamente o lesionó por sí misma, en la vía ordinaria, un derecho fundamental, comportándose allí como un auténtico recurso[686]. Sin embargo, existen algunas hipótesis -unas que han sido previstas expresamente en la normativa que lo disciplina[687] y otras que no[688]- en las que la

[685] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El recurso de amparo en España". *Revista Jurídica de la Presidencia de la República (Brasilia),* vol. 7, N° 74, 2005, p. 2. Disponible en: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/421/414 (fecha de visita: 10 junio, 2023)

[686] RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., 1982, p. 66.

[687] Este ocurre en el artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, sobre Tribunal Constitucional, que establece: "Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes."

[688] Dentro de los casos no contemplados expresamente, aparece, en primer término, el amparo constitucional relativo a la objeción de conciencia, que carece de un derrotero procesal, en la vía ordinaria, para hacerlo valer. Por otro lado, a raíz de dos sentencias del Tribunal Constitucional (STC 196/1990 y

reclamación enderezada no viene precedida de una reclamación judicial previa, por lo cual, el Tribunal Constitucional adoptará, en tales casos, la naturaleza de tribunal de única –y última- instancia[689].

La interposición de este medio procesal específico de defensa de los derechos fundamentales da origen, como desde temprano afirmó el Tribunal Constitucional, a un "proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales"[690]. De esa manera, y a pesar de que el recurso de amparo se promueve, por regla general, con posterioridad al agotamiento de la vía judicial ordinaria, éste no constituye una prolongación de la misma, sino un proceso diferente, autónomo y con un objeto preciso y más acotado: la protección de los derechos enumerados en el artículo 53.2 de la Constitución.

Asimismo, el hecho de que su conocimiento haya sido entregado al Tribunal Constitucional, que es el guardián de la Constitución y, en especial, de los derechos y libertades que ésta proclama, da cuenta de tratarse de una vía procesal específica de garantía de aquéllos, tanto en su faz subjetiva como objetiva.

3.2.4.1.2. Sujetos procesales del amparo constitucional

A pesar de que, tal como se señaló en el capítulo 2°, este elemento no sirve para distinguir un amparo de otro tipo de remedio procesal, sí resulta útil metodológicamente, para ahondar en el análisis del amparo constitucional como institución[691]. En otras palabras, el análisis de los sujetos procesales del recurso de amparo, a pesar de no ser un rasgo que permita distinguirlo de otras acciones y recursos ordinarios, sí permite conocer dicha institución en una dimensión en la que resulta interesante y necesario profundizar, razón por la que se le ha incluido en el presente análisis.

STC 220/1991), ambas relativas a actuaciones del Gobierno Vasco, ha sido posible identificar otros casos en que no existe vía para enderezar reclamación judicial alguna en forma previa a accionar de amparo constitucional.

[689] Tal conclusión, además de desprenderse de la naturaleza de este instituto, encuentra asidero en lo preceptuado por el artículo 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que impide al Tribunal Constitucional entrar a conocer sobre los hechos ventilados en el proceso que dio origen al recurso de amparo, restricción que, conforme al tenor literal de dicha norma, opera únicamente respecto de las lesiones de derechos fundamentales de origen judicial. En otras palabras, el juicio fáctico es un terreno vedado en sede de amparo constitucional cuando opera como recurso, mas no como acción independiente y autónoma.

[690] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 78/1988, FJ 1. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1019 (fecha de visita: 10 junio, 2023).

[691] Ver, al efecto, el punto 2.2.2.2. de este trabajo, denominado: "Segundo elemento: sujetos procesales en los amparos".

De todos modos, en el caso español se sigue, en principio, la estructura clásica, dado que el sujeto activo de la relación procesal será normalmente un particular y el sujeto pasivo, un órgano que ejerce poder público, con las salvedades que se expondrán más adelante.

3.2.4.1.2.1. El sujeto activo del amparo constitucional: "cualquier ciudadano"

Los sujetos activos del recurso de amparo constitucional son, en principio, los que se encuentran señalados en el artículo 53.2 de la Constitución Española, precepto que expresa: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

El precepto antes transcrito debe complementarse con lo dispuesto por el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que prescribe lo siguiente: "El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes." Antes de la reforma que sufrió la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en 2007[692], la norma citada decía expresamente: "El recurso de amparo constitucional protege *a todos los ciudadanos*, en los términos que la presente Ley establece (…)"

Del tenor literal de los preceptos transcritos, podía arribarse al error de suponer que el sujeto activo del proceso de amparo sólo podía ser un ciudadano español. No obstante, al señalar quienes cuentan con legitimación activa para recurrir al Tribunal Constitucional, el artículo 162.1. b) de la Constitución, expresa que la poseen: "Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal". En la misma línea, el

[692] El referido precepto fue reformado mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, clarificó tempranamente que "la legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona -natural o jurídica- que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado"[693]. Es decir, que el recurso de amparo reconoce una legitimación activa amplia para su interposición.

En el mismo sentido, cabe detallar -siguiendo a MEDINA GUERRERO- que el recurso de amparo es vía expedita para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de los extranjeros y de las personas jurídicas, tal como lo ha refrendado, desde temprano, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[694].

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las limitaciones establecidas por el artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Éstas se traducen en que, en los casos de amparos contra decisiones y actos parlamentarios (artículo 42), este remedio sólo puede ser interpuesto por la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal; mientras que, en los amparos contra órganos ejecutivos y administraciones públicas (artículo 43) y en aquellos contra órganos judiciales (artículo 44), el recurso podrá intentarse sólo por quienes hayan sido parte en el proceso judicial que le antecedió, por el Defensor del Pueblo o por el Ministerio Fiscal.

En torno a la legitimación activa que ostentan el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se las confiere expresamente, dada su función de defensores del orden constitucional. Con ello, como subraya LÓPEZ GUERRA, pueden "presentar recursos de amparo en nombre de terceros", situación que, no obstante, "resulta infrecuente en la práctica"[695].

Por otro lado, el interés legítimo que enuncia el artículo 162.1.b) de la Constitución para el reconocimiento de la legitimación activa en el recurso de amparo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, en general, de un modo amplio. Si bien, en principio, pudiera considerarse que una comprensión extendida de tal noción se compadece con la importancia de los objetos tutelados a través de esta vía procesal, no debe perderse de vista lo que indica GÓMEZ MONTORO, al afirmar que "su aplicación

---

693 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 19/1983, FJ 1. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/147 (fecha de visita: 10 de octubre, 2023).

694 MEDINA GUERRERO, Manuel. Artículo 53.2. "Las específicas garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales". En RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir.) *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado BOE, Tribunal Constitucional, Wolters Kluwer España y Ministerio de Justicia de España, 2018, p. 1475.

695 LÓPEZ GUERRA. Ob. Cit., 2023, p. 213.

práctica debe hacerse siempre caso por caso, teniendo en cuenta el fin y las características peculiares de estos cauces procesales, extremándose el cuidado para que, so capa de una interpretación pretendidamente garantista, no se venga en realidad a desnaturalizarlos o a convertirlos en lo que no pueden ser."[696]

3.2.4.1.2.2. Los sujetos pasivos del amparo: la noción de "poderes públicos", el problema de los particulares y la tesis de la "asunción judicial"

En lo tocante a los sujetos pasivos del amparo, tal como lo dispone el precitado artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, éstos pueden ser cualquiera de los órganos allí mencionados[697], a los que puede englobarse genéricamente en la categoría de "poderes públicos".

En torno a este asunto surgen dos cuestionamientos: por un lado, las posibilidades de interponer un amparo cuyo fundamento sea una lesión de derechos fundamentales imputable a un particular y, por otro, la inclusión o no, en la categoría de "poderes públicos" de aquellos sujetos que, siendo privados, prestan un "servicio público".

Sobre el primer planteamiento, se ha indicado que el constituyente de 1978 pareciera haber adoptado la concepción clásica, en virtud de la cual los derechos fundamentales sólo tienen eficacia directa frente al Estado. Esto se desprendería del artículo 53.1 de la Constitución, que expresamente se refiere a la vinculación que tales derechos producen respecto de "todos los poderes públicos". Tal asunción encontraría asidero, además, en la regulación del amparo constitucional que realiza la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en sus artículos 41 a 46[698].

No obstante, esta posición se enfrenta a la existencia de derechos fundamentales que, en la forma que han sido proclamados por el constituyente, parecieran no estar circunscritos, en su radio de acción, sólo a los poderes públicos, como ocurre con el derecho a una información veraz, proclamado en el artículo 20.1. d) de la Constitución

[696] GÓMEZ MONTORO, Ángel. "El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del tribunal constitucional español". *Cuestiones Constitucionales*, vol. 3, 2003, p. 184.
[697] El artículo 41.2 de la LOTC establece: "El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes."
[698] VARELA DÍAZ, Santiago. "La idea del deber constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 2, N° 4, 1982, p. 78.

española, que se refiere a "cualquier medio de difusión" y no sólo a los de propiedad estatal o con los derechos sindicales, especialmente la huelga, que normalmente irán dirigidos contra sujetos privados[699]. En el mismo orden de ideas, el legislador ha diseñado cauces de amparo ordinario de derechos tanto en el ámbito civil como social, vías en que el sujeto pasivo de la relación procesal, normalmente, habrá de ser un particular.

Por otra parte, como señalara De la Quadra-Salcedo "(...)conceder el amparo a quien ha visto vulnerado un derecho fundamental por el poder público y no concederlo, en cambio, a quien ha sufrido esa misma vulneración por parte de un particular, encierra una desigualdad que no encuentra fácil explicación"[700]

Lo anterior representa una notoria ambigüedad que se ha visto traspasada al funcionamiento del recurso de amparo, pues, si bien el tenor literal del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pareciera limitar los sujetos pasivos del proceso de amparo constitucional sólo a los poderes públicos, lo cierto es que, en la práctica, la jurisprudencia ha admitido, mediante una generosa interpretación del artículo 44, recursos de amparo que traen causa de lesiones originadas por particulares. Ello ha sido posible mediante el expediente de la "asunción judicial", en virtud del cual una lesión extrajudicial puede imputarse al órgano judicial, si éste no la ha remediado o la ha convalidado, al considerarla ajustada a derecho[701].

Este ingenioso expediente ha sido posible mediante la relativización de las exigencias contenidas en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precepto que, en dos ocasiones[702], exige que los amparos contra resoluciones jurisdiccionales, además de cumplir con otros requisitos, traigan causa de una violación imputable de "modo inmediato y directo" al órgano judicial respectivo. Tal exigencia, en el caso de lesiones a la tutela judicial efectiva, no será difícil de superar, en vista de que sólo el juez o tribunal competente está en condiciones de afectar ese derecho. Sin embargo, en el caso de los restantes derechos fundamentales, es posible que la lesión no haya tenido su origen directo en la conducta adoptada por el juez, sino en la conducta

[699] Ibídem, p. 79.
[700] DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, NP 51, p. 13.
[701] Sobre esta construcción jurisprudencial -dice Bilbao Ubillos, siguiendo a de la Quadra-Salcedo- que sigue un criterio meramente temporal y es artificiosa, pues, si un órgano judicial desestima la pretensión de tutela frente a una violación de derechos fundamentales originada en la conducta de otro particular, la lesión causada por aquél no es originaria, sino "derivada" y surge "a consecuencia" de la previa conducta ilícita del demandado.
[702] Tanto al especificar el ámbito material del recurso como al definir los requisitos de admisibilidad, planteándolo nuevamente en la letra b).

extrajudicial previa de otro particular, vulneración que, conforme a la tesis de la asunción judicial, puede imputarse al órgano judicial si éste no la corrige, lo que haría viable el recurso de amparo en su contra. En el mismo sentido -indica BILBAO UBILLOS- que el presupuesto en cuestión puede entenderse colmado tanto en el caso de que el órgano judicial "no haya interpretado conforme a la Constitución y en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales una norma de las que rigen las relaciones jurídico privadas, como en el de que no haya subsanado o reparado una lesión causada previamente por un particular"[703].

Respecto del otro fenómeno que incide en la materia, esto es, la ampliación del concepto de "poder público" y a raíz del creciente fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, es cada vez más común encontrar instituciones o entes privados que realizan funciones o prestan un servicio que, en su concepción clásica, correspondería al ámbito público. Tal como se planteara en el capítulo primero, esta ampliación responde a la necesidad de sujetar la actividad desplegada por tales sujetos a los estándares de control propios del derecho público, lo que, generalmente, se ha realizado por vía de ampliar la noción de "gobierno", "administración" o "poder público" no sólo a quienes formalmente se desempeñen en algún departamento estatal, sino a todos los que cumplan una función equivalente a aquellas que efectúan los órganos del Estado[704].

En tal sentido, en algunos casos paradigmáticos, el Tribunal Constitucional ha admitido recursos de amparo en contra de decisiones emanadas de Radiotelevisión Española (RTVE), colegios profesionales y otros entes de similar naturaleza, que si bien se rigen por un estatuto público son difíciles de encuadrar en la categoría de "poder público"[705].

3.2.4.1.3. Parámetro de verificación aplicable en amparo constitucional

Tratándose de una vía de control radicada ante el Tribunal Constitucional, el parámetro de verificación a aplicar por dicho órgano, al conocer del recurso de amparo, no puede ser otro que la Constitución. Más específicamente, y siguiendo lo preceptuado por el artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, dicha constitucionalidad se

[703] BILBAO UBILLOS. Op. Cit., 1997, p. 177.
[704] Ibídem, pp. 106-115.
[705] Ibídem, pp. 116-133.

circunscribe a los "derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución" y "a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución" [706].

Así, como señala REQUEJO RODRÍGUEZ, en sede de amparo constitucional, "el Tribunal tiene que someter a la disposición, acto o vía de hecho del poder público contra el que se interpone el recurso a un juicio de constitucionalidad, eso sí, restringido a ciertos preceptos constitucionales"[707]; a saber, los señalados en el artículo 53.2 de la Constitución y en la norma legal orgánica antes citada.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que, mediante el recurso de amparo, corresponde "comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (…)"[708] Así las cosas, el amparo constitucional reconoce tales normas como el parámetro aplicable.

Por otro lado, CRUZ VILLALÓN ha especificado que el recurso de amparo "está destinado únicamente a la protección de los derechos fundamentales, por lo que a través del mismo no cabe conocer de cuestiones de legalidad ordinaria"[709].

No obstante, la legalidad puede jugar un importante rol en el razonamiento del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, especialmente, en el caso de los derechos de configuración legal. Éstos -como explica HERNÁNDEZ RAMOS- "han influido en la extensión del objeto del recurso de amparo, puesto que son derechos cuyo contenido y extensión concreta no puede ser perfectamente determinado sin hacer referencia a la correspondiente legislación de desarrollo"[710].

En efecto, cuando se invoca la vulneración de la tutela judicial efectiva como fundamento del amparo constitucional -tal como observa TENORIO SÁNCHEZ- "es difícil que no esté implicada la interpretación de la legalidad (...) De modo que es bastante común que, en asuntos que en principio parecen concernir al ámbito de la legalidad

[706] LOTC. Artículo 41.
[707] REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. "Nuevos parámetros de constitucionalidad". *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, vol. 4, 2006, p. 423.
[708] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 120/1990, FJ 3. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1545 (fecha de visita: 9 de octubre, 2022).
[709] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 13.
[710] HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. "El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso". *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 13, N° 15, 2015, p. 147.

ordinaria, resulte dictada una Sentencia del Tribunal Constitucional"[711]. Así, la tutela judicial efectiva posee una fuerte *vis atractiva*, que permite colacionar, vía amparo constitucional, una serie de asuntos procesales, de índole meramente legal, hacia la jurisdicción constitucional y su masiva invocación es, al mismo tiempo, fruto y evidencia de su *vis expansiva*, la que se extiende al punto de considerársela como el derecho "estrella en el firmamento"[712] jurídico español.

La penetración de la legalidad en el parámetro de control del recurso de amparo, fuerza a preguntarse, en tales casos, la extensión con que tal apertura resulta admisible en una vía constitucional. Ello, pues, no trazar un criterio al respecto, podría redundar en que "toda regulación legal que pueda conectarse a algún derecho fundamental habría de ser aplicada por vía de recurso de amparo."[713]

Como solución, a juicio de DIEZ-PICAZO, "la única alternativa coherente sería prescindir del desdoblamiento de la norma de referencia y de la propia idea de derechos de configuración legal, para volver al esquema primigenio y paliar, de paso, la avalancha de recursos de amparo: a fin de decidir si una actuación administrativa o judicial vulnera o no un derecho fundamental ha de emplearse el mismo canon que se aplicaría para dilucidar si una ley sería inconstitucional por infringir ese mismo derecho."[714] No obstante, esta restrictiva posición -como el propio autor reconoce- si bien resulta razonable en relación con los derechos procesales cobijados dentro del abanico del artículo 24 de la Constitución, "podría vaciar de contenido derechos fundamentales menos proclives a una utilización inflacionista como son, entre otros, los reconocidos por el artículo 23 CE."[715]

A nuestro juicio, tal problema no admite una solución simple, pues la diferenciación entre ambos parámetros dista de ser clara[716], especialmente, en casos como los antes indicados. Por ello, sostenemos que una forma de mitigarlo pasa por la autocontención que el Tribunal Constitucional debe exhibir en el cumplimiento de su alta misión, procurando reservar la resolución de conflictos sobre infracción a la legalidad procesal en sentido estricto, al ámbito propio de la jurisdicción ordinaria[717], interviniendo

[711] TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. "Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 50, 2022, p. 302.
[712] Denominación que le atribuye, según ya se dijo, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. Ob. Cit., p. 41.
[713] DÍEZ-PICAZO. Ob. Cit., 2001, p. 12.
[714] Ibídem.
[715] Ibídem.
[716] Como lo ha sostenido reiteradamente, entre otros, Bilbao Ubillos. Ver, por todos: BILBAO UBILLOS. Ob. Cit., 1997, pp. 141-144.
[717] TENORIO SÁNCHEZ. Ob. Cit., p. 302.

sólo cuando se trate de una lesión directa a derechos fundamentales que justifique -tal como reza su Ley Orgánica- una decisión sobre el fondo debido a la especial trascendencia constitucional del asunto.

3.2.4.1.4. Objeto procesal del amparo constitucional

El objeto del proceso de amparo constitucional no sólo fluye de su propia naturaleza, sino que ha sido explicitado por el legislador orgánico. Sobre este asunto, el artículo 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional resulta clarificador, al prescribir: "En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso."[718]

Del modo indicado, el *petitum* de la demanda de amparo ha de circunscribirse únicamente a aquello que tenga por objeto inmediato la protección de los derechos fundamentales que se han denunciado como amagados, sea por vía de su restablecimiento o de su preservación.

El petitorio debe vincularse a una afectación real y efectiva de los derechos fundamentales en juego, no cabiendo el recurso, en consecuencia, en contra de "vulneraciones meramente hipotéticas, genéricas o abstractas"[719].

3.2.4.1.4.1. Derechos susceptibles de amparo constitucional

Respecto del objeto del recurso de amparo, cabe reiterar que no se extiende a todos los derechos fundamentales, sino sólo a aquellos indicados en el artículo 53.2 de la Constitución y que se corresponden con los proclamados en los artículos 14 al 29 y 30.2 de la misma[720]. De esa manera, como señala CRUZ VILLALÓN, el acotado objeto del

[718] LOTC. Artículo 41.3.
[719] GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. *Los recursos de los particulares antelas más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado: España*. Estrasburgo: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017, p. 16.
[720] En el mismo sentido, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 41.1, establece: "Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución."

recurso de amparo sirve para trazar una frontera entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, ya no en términos del parámetro ("legalidad" *versus* "constitucionalidad"), sino también al interior de la propia constitucionalidad, entre aquella que es susceptible de amparo constitucional y la que no[721].

La constitucionalidad objeto del recurso de amparo está circunscrita, en síntesis, a los siguientes derechos fundamentales: "la igualdad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad ideológica, religiosa y de culto, la libertad individual y la seguridad, el derecho al honor, la libertad de circulación, la libertad de expresión y de información, el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, la irretroactividad de las leyes penales, el derecho a la educación, el derecho de sindicación y el derecho de petición" [722], además de la objeción de conciencia.

Con todo, como observa NARANJO ROMÁN, el referido catálogo contiene algunas proclamaciones constitucionales que no revisten la naturaleza de derecho fundamental, lo que ha movido al Tribunal Constitucional a sustraerlas del ámbito de tutela propio del amparo constitucional, como ocurre con el deber de colaboración del Estado con la Iglesia Católica (artículo 16.3 de la Constitución), los principios relativos al sistema penitenciario y punitivo (artículo 25.2 de la Constitución) y algunos contenidos del derecho a la educación (artículo 27 de la Constitución)[723].

Por otro lado, en virtud de la denominada "tesis de la conexión"[724], se ha brindado tutela jurisdiccional por medio del recurso de amparo a derechos fundamentales que, en principio, no tendrían cabida por estar ausentes del catálogo del artículo 53.2 de la Constitución, pero que se encuentran estrechamente vinculados a otros que sí gozan de la protección reforzada que provee esta vía procesal.

El anterior fenómeno se habría manifestado, como destaca NARANJO ROMÁN, con ciertas garantías procesales ubicadas extramuros del capítulo I de la Constitución, como la gratuidad de la justicia (artículo 119 de la Constitución), la publicidad de las

[721] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 13.
[722] BON, Pierre. "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 11, 1992, NP 59, p. 60.
[723] NARANJO ROMÁN, Rosario. *El recurso de amparo*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 114-115.
[724] La denominada protección por interconexión o conexidad consiste en vincular obligaciones relativas a un derecho fundamental que carece de protección jurisdiccional con otro diferente, que sí está provisto de amparo. Ello suele ocurrir con los derechos sociales, aunque no es un fenómeno que se refiera sólo a ellos. Ver, al efecto: COURTIS, Christian. "El derecho a la alimentación como derecho justiciable". En: COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.) *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 103.

actuaciones judiciales (artículo 120.1 de la Constitución) y la motivación de las sentencias (artículo 120.3 de la Constitución), todas relacionadas íntimamente con el artículo 24 de la Constitución[725].

Por otro lado, según explica DÍAZ CREGO, el Tribunal Constitucional ha sido muy tímido a la hora de brindar protección indirecta, aplicando la tesis de la conexión, a aquellos derechos fundamentales sociales excluidos del ámbito del amparo constitucional[726]. Ello ha ocurrido excepcionalmente cuando dicha magistratura ha amparado el derecho a la negociación colectiva, que no se encuentra tutelado por este recurso, a través de la libertad sindical, que sí goza de protección por intermedio de éste. Asimismo, determinadas pretensiones vinculadas a derechos fundamentales sociales han sido amparadas por su conexión con el contenido de ciertos derechos civiles, como acontece con el derecho a la protección de la salud, protegido jurisdiccionalmente a través del derecho a la vida[727] o a la integridad física[728] y, aún más excepcionalmente, en relación con el derecho a una vivienda digna, tutelado a través del derecho a la intimidad[729].

3.2.4.1.4.2. El contraamparo

Se denomina contraamparo a aquel recurso de amparo cuyo objeto es la declaración de que un determinado derecho fundamental susceptible de ser tutelado por esa vía, lo ha sido en exceso de su contenido, por parte algún órgano cuyas decisiones son revisables en esta sede y, en especial, por los jueces y tribunales ordinarios.

Precisando los alcances de este instituto, el profesor CRUZ VILALLÓN, ha expresado que la correcta aplicación de la normativa sobre "derechos fundamentales sólo puede reclamarla quien entienda que no se ha reconocido el derecho subjetivo reconocido en la norma ('amparo'), no quien entiende que se ha reconocido el derecho que no se contiene en la norma ('contra-amparo')"[730]. En otras palabras, la regla general es que el

[725] Se enumeran como ejemplos de amparos acogidos en relación a tales garantías procesales, vinculándolas al artículo 24 de la Constitución, los siguientes fallos: STC 138/1998, de 8 de julio; STC 30/1982, de 1 de junio; STC 116/1986, de 8 de octubre. Ver, al efecto: NARANJO ROMÁN. Ob. Cit., NP 317, 315, 316, respectivamente, p. 114.
[726] DÍAZ CREGO, María. "Derechos sociales y amparo constitucional". *Revista Vasca de Administración Pública 94*, 2012, pp. 44 y 51.
[727] BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 119, 2020, pp. 82-83.
[728] DÍAZ CREGO. Ob. Cit., p. 44.
[729] Ibídem, pp. 45-46.
[730] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 14.

objeto del amparo constitucional esté dado por la demanda de reconocimiento de un derecho fundamental preterido y no por el exceso de protección conferido a un tercero en nombre de una posición iusfundamental que supuestamente no le asiste.

Según CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, la única forma de admitir aquello que él denomina "reforma peyorativa de derechos fundamentales", es que la protección otorgada "por exceso" a un derecho fundamental sea, a su turno, lesiva de otro derecho fundamental de la contraparte en el proceso[731]. Sólo en tales casos el contraamparo resultaría admisible.

En su concepción original -como indicó, en su momento, CRUZ VILLALÓN- el recurso de amparo se encontraba dirigido esencialmente a la garantía subjetiva de los derechos fundamentales tutelados, por lo que plantear como objeto del mismo una contradicción entre el significado que, por exceso, pueda habérseles atribuido en un determinado caso, obligaba a una reflexión abstracta incompatible con la naturaleza de aquél[732].

Concordante con lo anterior, el Tribunal Constitucional se ha mostrado generalmente reacio a admitir que el objeto del recurso pueda ser una pretensión de contraamparo, vocablo que incluso se ha cuidado de emplear en los fundamentos jurídicos de sus sentencias y que ha tenido cabida casi exclusivamente al reproducir la argumentación de las partes o en los votos particulares[733].

Sobre esta figura, y tomando en consideración el giro que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano que ha constatado la violación a los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, originada en procesos penales en que la investigación o el juzgamiento han tenido deficiencias que condujeron finalmente a la absolución de los acusados, TENORIO SÁNCHEZ propone que el Tribunal Constitucional aclare "su doctrina a acerca del contraamparo admitiendo integrar en el fallo del recurso la obligación de los órganos judiciales ordinarios de

[731] CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. "El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado 'contra-amparo'". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 16, N° 47, 1996, pp. 130-131.
[732] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 15.
[733] TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. "Aclaración de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del contraamparo y especial trascendencia constitucional". *UNED Revista de Derecho Político*, vol. 117, 2023, pp. 19-20.

investigar los hechos con diligencia y eficacia, aun previa anulación de una sentencia absolutoria"[734].

Lo anterior reviste una capital importancia, si se tiene presente que el recurso de amparo, desde la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha reforzado su dimensión objetiva y, con ello, se ha convertido en una sede propicia para intentar compatibilizar la doctrina de los órganos de protección internacional de los derechos con los estándares internos para su tutela[735].

3.2.4.2. Influencia del recurso de amparo en el sistema español de garantía subjetiva de los derechos fundamentales y en la articulación entre jurisdicciones

El recurso de amparo ha estado llamado a jugar diferentes roles en el sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Para sustentar esta afirmación, debe tenerse presente que este instituto fue objeto de una profunda adecuación, a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reforma que vino a redefinir su fisonomía y funciones. De esta forma, puede decirse que la funcionalidad del recurso antes y después de la antedicha reforma varió sustancialmente.

En una primera etapa, según se ha dicho, el recurso de amparo tenía como finalidad esencial el aseguramiento de la aplicación directa de la Constitución española y de los derechos fundamentales contenidos en ella, por parte de los jueces ordinarios. En efecto, dado que la mayor parte del Poder Judicial había sido designado en el período autoritario, el recurso de amparo constitucional sirvió como mecanismo para asegurar que dichas magistraturas respetaran y aplicaran los derechos proclamados, bajo la latente posibilidad de que sus sentencias fueran impugnadas e invalidadas en sede de amparo constitucional. De esta suerte, el recurso de amparo cumplió se erigió en un importante instrumento jurídico "transicional".

[734] Ibídem, pp. 39-40.

[735] El fundamento jurídico 2° de la STC 155/2009, enumera como uno de los casos en que el recurso de amparo justificaría una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional: "un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 155/200, de 25 de junio, FJ 2. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6574 (fecha de visita: 9 de octubre, 2022).

A su vez, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional en ejercicio de esta atribución, ayudó a consolidar una verdadera cultura de derechos fundamentales, tanto en el foro jurídico como en la sociedad española. En tal sentido, el Tribunal Constitucional logró afianzar interpretaciones de la normativa legal ajustadas al marco constitucional, las cuales, con el correr del tiempo, terminaron arraigadas en la doctrina sustentada por los tribunales ordinarios y por el resto de los operadores jurídicos. En ello cabe reconocer a los magistrados de esta primera etapa, un impecable desempeño.

La Constitución española, tal como se desprende de su tenor literal y según fluye de la historia de su establecimiento, no buscaba que el recurso de amparo tuviese una aplicación generalizada, sino más bien excepcional. De allí, la expresión "en su caso", que emplea el artículo 53.2 del texto constitucional para referirse a la procedencia de esta vía procesal, la que -como explica CRUZ VILLALÓN- implicaba que este remedio debía ser, ante todo, *eventual*[736]. En tal sentido, le fue reservado un amplio margen de libertad al legislador orgánico para definir las hipótesis en que pudiera interponerse este recurso ante el Tribunal Constitucional.

En el mismo orden de ideas, el legislador orgánico, mediante la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, modeló este instituto procesal como uno de naturaleza extraordinaria y subsidiaria. De ese modo, exigió el agotamiento de la vía judicial previa, por regla general, como requisito para interponerlo y que el derecho fundamental supuestamente vulnerado en el proceso ordinario respectivo hubiese sido previamente invocado en aquélla. Con ello, se buscaba poner la responsabilidad en la tutela de tales derechos, primero, en manos de los jueces ordinarios, reservando el amparo constitucional sólo para casos en que éstos, pudiendo hacerlo, no hubieren satisfecho tal deber. Se exceptuó de esta carga a los amparos originados por violaciones imputables a las Cortes Generales o Parlamentos autónomos mediante "decisiones o actos sin valor de ley".

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional actuó, en incontables ocasiones y hasta la reforma de 2007, no precisamente en un rol subsidiario, sino más bien dispensando una primera tutela a ciertos derechos. Ello ocurrió, principalmente, en relación a la tutela judicial efectiva y a los derechos que, cubiertos bajo esa denominación, ampara el artículo 24.1 de la Constitución, los cuales, ante la carencia de cauces apropiados para hacer valer su lesión ante los tribunales ordinarios, eran planteados

[736] CRUZ VILLALÓN. Ob. Cit., 1994, p. 12.

únicamente y, en primera oportunidad, a través del recurso de amparo, ante el Guardián de la Constitución.

El cuadro antes descrito, generado por el vacío de vías de reclamación procesal ordinaria y por la aceptación del Tribunal Constitucional de la misión de reparar tales defectos bajo la invocación *ex novo* de los derechos antes señalados, no sólo redundó en una multiplicación de amparos constitucionales usados como último recurso antes de dar por perdido un pleito ante los tribunales, sino que, también, alimentó fricciones entre aquella magistratura y el Tribunal Supremo. Las controversias competenciales de ese tipo son, además, connaturales a todo sistema en que exista un tribunal con competencias para erigirse en "juez de jueces"[737].

Del modo antes descrito, es posible apreciar que el recurso de amparo sirvió para colmar ciertos déficits de tutela ordinaria[738], labor que el Tribunal Constitucional ha debido asumir, en algunos casos, a regañadientes. En tal sentido, el funcionamiento del amparo estaba directamente relacionado con la forma en que operaban los medios de impugnación, recisión y anulación del derecho procesal español, los que, no siendo siempre idóneos, ponían a la magistratura constitucional en situación de remediar las lesiones vía amparo, para evitar que éstas se consolidaran. Esta situación, como se observará más adelante, tiene una importante similitud con el sistema chileno, en el que, frente a la carencia de mecanismos adecuados de tutela cautelar en los diversos órdenes jurídicos, el mecanismo de amparo extraordinario de aquél, la acción constitucional de protección, ha debido operar como su sustituto, brindando respuestas jurisdiccionales rápidas frente a situaciones apremiantes que comprometen uno o más de los derechos fundamentales tutelados por su intermedio.

El panorama del sistema español anterior a 2007, además, debe complementarse con aquellos supuestos en que los tribunales ordinarios, aun encontrándose en condiciones de hacerlo, optaban por no remediar una vulneración de derechos fundamentales, defiriendo tal labor a las instancias superiores o, en último término, al Tribunal Constitucional.

Por último, a tal escenario debe sumarse el que el recurso de amparo presentara un régimen de admisión en el que, si no podía descartarse liminarmente la existencia de

[737] AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Pamplona: Thomson Civitas, 2005, p. 312.

[738] Este trascendental asunto ha sido objeto de un acabado tratamiento por la profesora Alicia González Alonso, tanto en su tesis doctoral como en otros trabajos. Para una explicación sintetizada, ver: GONZÁLEZ ALONSO. Ob. Cit., 2012, p. 84.

la lesión de derechos alegada y se cumplían los requisitos procesales, el demandante de amparo tenía garantizado un pronunciamiento del Tribunal Constitucional[739]. De ello se sigue, que el amparo constitucional "era un instrumento más -el último- que el ordenamiento jurídico ponía al servicio de la tutela de los derechos fundamentales"[740].

Todos los factores antedichos, sumados a otros tantos, contribuyeron a la sobrecarga del Tribunal Constitucional, el que se ha visto distraído de sus competencias naturales para dedicar gran parte de sus esfuerzos a la tarea de resolver sobre las múltiples peticiones de amparo que año a año se formulan. Así, no son tantas las violaciones de derechos fundamentales cometidas en el seno del ordenamiento español como los incentivos para intentar el recurso de amparo como una última oportunidad para lograr un resultado afín a los intereses del justiciable que lo entabla. Esta situación se ha visto corroborada por las nutridas cifras de interposición de amparos que obran en las memorias del Tribunal Constitucional[741].

Teniendo en vista lo anterior, el legislador orgánico emprendió una importante modificación del sistema de garantía jurisdiccional, mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. A través de ella, se reformó el recurso de amparo, lo que incluyó, como gran novedad, un nuevo régimen de admisión restringida para dicho remedio y una ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, todo ello, con el propósito de reducir el acceso al primero y potenciar, correlativamente, el rol garante de los tribunales ordinarios. Dicha reforma respondía, de esa manera, a la posición de diversos académicos, la que puede sintetizarse en la propuesta de RUBIO LLORENTE, quien oportunamente expresara: "El recurso de amparo ha de ser objeto de una nueva regulación, no sólo para liberar al Tribunal de una carga que manifiestamente excede de sus posibilidades, sino para devolver a la jurisdicción ordinaria una responsabilidad a la que ya puede hacer frente sin ayuda"[742].

---

[739] BELADIEZ ROJO, Margarita. "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional". En: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Ob. Cit., NP 1 y p. 15.

[740] Ibídem.

[741] Así, por ejemplo, según la Memoria del Tribunal Constitucional del año 2022 (última disponible a la fecha), los recursos de amparo presentados durante ese año fueron 8528, equivalentes al 99,27 por 100 de los asuntos de nuevo ingreso. En las memorias de años anteriores puede apreciarse una situación muy similar. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. "Memoria 2022". *Memorias del Tribunal Constitucional,* p. 43. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx (fecha de visita: 3 de mayo, 2024).

[742] RUBIO LLORENTE, Francisco. "El Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 71, N° 24, 2004, p. 32.

La nueva normativa estableció una inversión del juicio de admisibilidad del amparo, en vista de que, además del cumplimiento de los requisitos procesales y de la existencia de una lesión a un derecho tutelado por esta vía, se requiere que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. En tal sentido, la legislación española siguió el derrotero trazado por la alemana, que, en 1993[743], había reformado la admisión de la *Verfassungsbeschwerde*, con el objeto de filtrar aquellas demandas que carecieran de "relevancia fundamental"[744]. Esto es lo que, en España, se ha denominado "objetivación" del amparo constitucional, medida cuya constitucionalidad fue puesta en duda por distintos académicos, esencialmente, por considerar que afectaba la calidad de garantía subjetiva con que el constituyente configuró dicha vía procesal[745].

Sin perjuicio de las señaladas críticas, no debe perderse de vista que la actual regulación del amparo no lo ha hecho mutar desde un instrumento de tutela subjetiva a uno de naturaleza objetiva, sino que, más bien, ha venido a reforzar esta última faz. En otras palabras, y siguiendo al profesor MANUEL ARAGÓN, es posible afirmar que "la función de tutela sigue siendo componente necesario del recurso, pero ya no suficiente"[746].

3.3. La garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en España

Como se dijera en el capítulo anterior, para garantizar jurisdiccionalmente los derechos fundamentales como normas objetivas, se requiere que un órgano jurisdiccional tenga atribuida la calidad de intérprete supremo de éstos y que existan medios procesales

[743] Quinta Ley que modifica el Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de agosto de 1993. Boletín Oficial Federal (BGBl.I), p. 1442. Esta norma entró en vigor el 11 de agosto de 1993. (BGBl.I. S.), p. 1473. Disponible en: https://dejure.org/BGBl/1993/BGBl._I_S._1442 (fecha de visita: 17 de julio de 2023).
[744] Para un detallado análisis sobre las ventajas y desafíos que representó el nuevo régimen de admisión de la *Verfassungsbeschwerde* para el Tribunal Constitucional alemán, se recomienda ver: HERNÁNDEZ RAMOS. Ob. Cit., 2010, pp. 107-123.
[745] Entre ellos, cabe mencionar a los profesores Fernández Farreres, Matia Portilla y De la Oliva Santos, entre otros. Al efecto, ver: FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 81, 2007, p. 22; MATIA PORTILLA, Francisco Javier. "La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 86, 2009, p. 349; DE LA OLIVA. Ob. Cit., 2009, pp. 384-386.
[746] ARAGÓN REYES, Manuel. "Algunos problemas del nuevo recurso de amparo constitucional". En: DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, Antonio; MORENO VERDEJO, Jaime; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo et al. *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber amicorum*, Madrid: Colex, 2015, p. 234.

para desplegar una labor hermenéutica sobre los derechos fundamentales y, también, para controlar la interpretación que sobre ellos hagan los restantes órganos jurisdiccionales.

En España, el supremo intérprete de la Constitución es, sin lugar a dudas, el Tribunal Constitucional. Por su parte, el desarrollo de la tarea hermenéutica sobre los derechos fundamentales, desde una perspectiva objetiva, puede satisfacerse a través de las vías de control de constitucionalidad de la ley y, también, de manera más específica, mediante el recurso de amparo. Este último es, asimismo, el instituto que permite controlar la adecuación constitucional de las interpretaciones sostenidas por los restantes órganos jurisdiccionales.

3.3.1. El supremo intérprete de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional

El artículo 123.1 de la Constitución española permite colegir que el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional supremo en la función de tutelar e interpretar los derechos fundamentales[747]. Esta idea es refrendada por lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, norma que define expresamente a dicho órgano en tal calidad[748].

Como indica LÓPEZ GUERRA, actuar como intérprete supremo de la Constitución, implica que el Tribunal Constitucional determina "el alcance de sus preceptos" y, en consecuencia, establece "también cuál debe ser la interpretación que debe darse al resto de los preceptos legales para que concuerden con los mandatos constitucionales"[749].

En tal sentido, la labor desplegada por el Tribunal Constitucional ha resultado crucial -como indica el profesor SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA- para el "correcto entendimiento del régimen de los derechos fundamentales en el ordenamiento español"[750]. Esta comprensión sólo ha sido posible a la luz de una teoría que se ha sustentado, en gran medida, en los pronunciamientos de dicha magistratura[751] y que

[747] El artículo 123.1 Constitución española establece: "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales." En tal sentido, del tenor de la norma constitucional transcrita sólo fluye que el Tribunal Supremo no ostenta la superioridad en materia de garantías constitucionales.
[748] El artículo 1.1 de la LOTC estatuye: "El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica."
[749] LÓPEZ GUERRA, Luis. *La Constitución de España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 201.
[750] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Los derechos fundamentales en la Constitución española". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, vol. 105, 1999, p. 9.
[751] Ibídem, pp. 9-10.

resulta crucial para la garantía objetiva de la Constitución y de los derechos por ella proclamados o, en palabras de FALLER, para su "defensa jurisdiccional"[752]. En el mismo sentido, BILBAO UBILLOS ha indicado que la "teoría de los derechos fundamentales se ha construido a golpe de sentencia por el Tribunal Constitucional"[753].

Por otro lado, a la luz del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los jueces y tribunales que lo integran "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"[754]. Como se dijera en su momento, esta norma supone una relación de subordinación dual del Poder Judicial, no sólo a la Constitución, sino también a la interpretación que, de ella, haya sostenido el Tribunal Constitucional[755].

Sintetizando las consecuencias de dicho precepto, el profesor MANUEL ARAGÓN expresa que "el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación vincula a todos los órganos judiciales, tanto cuando aplican directamente la Constitución (anulando actos o reglamentos) como cuando la aplican indirectamente interpretando la norma infraconstitucional de conformidad con aquélla. En esa materia, pues, la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no puede ser otra que la supremacía del primero sobre el segundo"[756].

A pesar de lo anterior, la superioridad que el Tribunal Constitucional ostenta en la interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, no lo ha liberado de tensiones competenciales con otros órganos estatales. Además de la dificultad inherente a todo sistema constitucional, originada en el control que ejerce un órgano *contramayoritario* sobre aquellos democráticamente electos y políticamente responsables, deben considerarse, con especial cuidado, las fricciones que podrían suscitarse entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial y, además, entre las decisiones de aquél y las de tribunales internacionales o supranacionales.

En relación a las fricciones con el Poder Judicial, GIMENO SENDRA indica que, en los primeros años de vigencia de la Constitución, éstas tuvieron causas ideológicas y

[752] FALLER. Ob. Cit., p. 47.
[753] BILBAO UBILLOS. Ob. Cit., 2022, p. 422.
[754] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 5.1.
[755] APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 3, 1989, p. 62.
[756] ARAGÓN REYES, Manuel. Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 76, 2006, p. 175.

corporativas[757]. Sin embargo, una vez superadas tales diferencias, los conflictos institucionales entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han originado por "la diversa interpretación de la legalidad ordinaria que sea susceptible de incidir en el ejercicio de un derecho fundamental objeto de amparo constitucional"[758]. Dado el protagonismo que la reforma operada en 2007 a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pretendió devolver al Poder Judicial en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, las posibilidades de conflicto teóricamente han debido descender. Sin perjuicio de lo anterior, el nivel de deferencia o activismo que el Tribunal Constitucional exhiba en sus decisiones, resultará clave para el equilibrio o conflictividad en las relaciones entre ambos altos tribunales.

En torno a las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los tribunales internacionales, no debe perderse de vista que el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales español, al igual que el de la mayoría de los Estados, se conecta con la normativa supranacional, en un doble sentido: por un lado, porque los sistemas supraestatales generan estándares, de orden sustantivo y procesal, respecto de la tutela interna de los derechos; y, por otro, porque tales sistemas, además, vehiculan cauces de reclamación frente a la violación de derechos contenidos en su normativa, cuando ella ha tenido su origen en una lesión no corregida en el foro doméstico. En el caso de España, los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo juegan un importante rol en la materia, pues las vías procesales que componen el sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos constituyen, al mismo tiempo, los cauces de tutela interna de los derechos proclamados en los tratados cuya aplicación resguardan dichas jurisdicciones supraestatales.

Un desajuste de criterios entre los órganos jurisdiccionales supranacionales y el Tribunal Constitucional, puede acabar resuelto en una condena internacional contra el Estado español. Un ejemplo de lo anterior, se dio en el caso de la STC 190/2020, de 15 de diciembre, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, a través de la cual se desestimó el amparo constitucional interpuesto en favor de un dirigente sindical gallego condenado por el delito de ultrajes a España, por insultar la bandera[759]. En junio de 2023,

[757] GIMENO SENDRA, José Vicente. "De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional". *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos 44*, 2001, pp. 106-108.
[758] Ibídem, p. 108.
[759] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 190/2020, de 15 de diciembre. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-1124 (fecha de visita: 04 de julio, 2023).

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conociendo del amparo europeo basado en el mismo caso, condenó a España por lesionar la libertad de expresión y la proporcionalidad de las penas en perjuicio de aquél[760]. Más allá de sus matices, este caso ejemplifica, en alguna medida, las tensiones, complejidades y consecuencias que pueden derivarse de una discrepancia interpretativa entre el supremo hermeneuta interno de los derechos fundamentales y los órganos guardianes de los derechos humanos en el ámbito internacional.

3.3.2. Las vías de control de constitucionalidad de la ley como cauces para el desarrollo de una hermenéutica iusfundamental

El control de constitucionalidad de las leyes, en España, se lleva a cabo principalmente a través de dos vías: el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad. La primera puede ser promovida por órganos de gobierno o legislativos y la cuestión de inconstitucionalidad, que puede ser planteada por los jueces y tribunales.

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, su objeto controlado son leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley[761]. Sus legitimantes activos son: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores y, también, los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas, si se trata de leyes, disposiciones y actos del Estado con fuerza de ley, que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía[762]. El recurso debe entablarse dentro del plazo de tres meses contados desde la publicación oficial de la norma impugnada[763].

Por su parte, la cuestión de inconstitucionalidad, se origina a instancias de cualquier juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, cuando considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso de que conoce y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución[764].

Ambos institutos representan formas de tutela general y objetiva de los derechos fundamentales, pues, aunque no todas las alegaciones de inconstitucionalidad de una

[760] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Demanda nº 27926/21. *Fragoso Dacosta v. España*; 8 de junio de 2023. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Fragoso%20Dacosta%20c.%20Espa%C3%B1a.pdf (fecha de visita: 16 de julio de 2024).
[761] Artículo 31. LOTC.
[762] Artículo 32. LOTC.
[763] Artículo 33.1. LOTC.
[764] Artículo 35.1 LOTC.

norma legal necesariamente se vinculan a la lesión de un derecho fundamental, sí es posible que los órganos legitimados puedan esgrimir tal motivo, logrando, con ello, que tales derechos prevalezcan frente a la legislación que pueda lesionarlos.

Por otro lado, existe un mecanismo adicional, que opera en aquellos casos en que una vulneración denunciada mediante el recurso de amparo, tenga su raíz en la inconstitucionalidad de una ley que incida en el caso. Lo normal será que, en su génesis, la inconstitucionalidad se haya atribuido a un acto de aplicación de dicha norma legal, pues el amparo no procede contra actos del legislador. En tal evento, para separar el enjuiciamiento concreto, propio del recurso de amparo, de la abstracción que demanda el control de constitucionalidad de una norma legal, el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha establecido la denominada "autocuestión".

Según su regulación normativa, la "autocuestión" de constitucionalidad opera en aquellos casos en que "el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas"[765] y se traduce en que "se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia"[766]. La redacción de esa norma en imperativo -destaca ROCA PELÁEZ- evidencia el cumplimiento "con el principio de supremacía que rige nuestro ordenamiento jurídico y que supone la imposibilidad de aplicar normas que sean contrarias al contenido de la Constitución"[767]. Asimismo, la autocuestión permite -como indica PÉREZ TREMPS- "que el Tribunal Constitucional compagine su obligación de proteger derechos fundamentales del recurso de amparo con su obligación de eliminar del ordenamiento jurídico las normas con fuerza de ley contrarias a la Constitución."[768]

Todas estas vías, como ya se ha señalado, constituyen formas de protección indirecta de los derechos fundamentales, integrantes de la tutela general que el Tribunal Constitucional brinda en el ejercicio de sus competencias de control de constitucionalidad de la ley. A pesar de que el lenguaje empleado pudiera sugerir lo contrario (por las expresiones "protección indirecta" o "tutela general") estos mecanismos de garantía objetiva constituyen un punto neurálgico en el esquema de protección de los derechos fundamentales, permitiendo remediar vulneraciones de alcance general y asegurar la

[765] Artículo 55.2. LOTC.
[766] Ibídem.
[767] ROCA PELÁEZ, Carlos. "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y su relación con el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 27, N° 1, 2023, pp. 211-239.
[768] PÉREZ TREMPS. Ob. Cit., 2005, p. 141.

sujeción del legislador a la Constitución y, especialmente, a los derechos proclamados en ella como fundamentales.

3.3.3. El recurso de amparo como cauce para el desarrollo de la hermenéutica iusfundamental y para el control de las interpretaciones judiciales

La doble dimensión de los derechos fundamentales trasunta al diseño de los instrumentos procesales que integran el sistema de garantía jurisdiccional respectivo. En efecto, los institutos de amparo deben colmar funciones vinculadas a ambas dimensiones de los derechos fundamentales, siendo su propósito primario el brindar tutela a los titulares afectados, pero, adicionalmente, han de servir para consolidar progresivamente, por la vía jurisprudencial, un significado objetivo de las disposiciones que los proclaman.

En el caso del sistema español, el Tribunal Constitucional, ya desde su primera sentencia, dejó en claro que esta dualidad viene impresa en el amparo constitucional, al afirmar lo que sigue: "La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que transciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1° de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos"[769].

Tal como indica RUBIO LLORENTE, desde su entrada en vigor y, en gran medida, gracias al recurso de amparo, la Constitución se convirtió en una realidad viva y presente para los españoles, pues, desde una perspectiva subjetiva, dicho remedio habilitó a los ciudadanos a recurrir "frente a prepotencias e injusticias"[770] y, desde una vertiente objetiva, permitió al Tribunal Constitucional "acomodar a la Constitución las prácticas forenses"[771].

Específicamente, sobre la dualidad de dimensiones iusfundamentales, y en base al régimen procesal que gobernó el amparo constitucional hasta 2007, RUBIO LLORENTE indicó que, a pesar de que "la razón de ser" del recurso de amparo es la protección de los

[769] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1 (fecha de visita: 4 de octubre, 2023).
[770] RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., 1995, p. 156.
[771] Ibídem.

derechos fundamentales y no la fijación de una interpretación oficial sobre éstos, dicho instituto también servía a tal propósito[772].

Después de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, resulta evidente que hoy, en el recurso de amparo, la tutela subjetiva que pueda dispensar el Tribunal Constitucional a los derechos fundamentales, queda condicionada a la trascendencia objetiva del caso en cuestión.

Del modo anterior, en la terminología acuñada por MANUEL ARAGÓN, se transita desde un sistema de "amparo-tutela, que procedería siempre que hubiese habido vulneración de derechos", a uno de "amparo-control, que únicamente se ejercerá por el Tribunal cuando en el caso (además de la verosimilitud de la vulneración) se dé un supuesto de 'especial trascendencia constitucional'"[773].

El reforzamiento de la dimensión objetiva del recurso de amparo, se justificó en la necesidad de reequilibrar las responsabilidades asumidas por la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales. Sobre el particular, CARRILLO señaló que, a "más de veinticinco años de jurisprudencia constitucional consolidada sobre una buena parte de los derechos fundamentales, esta reforma es razonable. No sólo para paliar los graves problemas estructurales del Tribunal, sino también para que éste ejerza de auténtica jurisdicción constitucional y no de tercera instancia judicial"[774]. De esa manera, la existencia de una dogmática iusfundamental consolidada, así como la necesidad de descongestionar al Tribunal Constitucional de reclamos que el Poder Judicial estaba en perfectas condiciones de atender, hacían aconsejable asignar a aquél una competencia circunscrita a casos revestidos de verdadera trascendencia objetiva.

3.3.3.1. La "especial trascendencia constitucional" como presupuesto de admisión de la demanda de amparo

Conforme a su texto reformado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional describe que la admisión del amparo constitucional será excepcional y procederá sólo en la medida que "el

[772] Ibídem, p. 166.
[773] ARAGÓN REYES, Manuel. "Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo". *Otrosí, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* vol. 10, 2012, p. 8.
[774] CARRILLO. Ob. Cit., 2008, p. 91.

contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional"[775]. El texto legal continúa, señalando que dicha causal "se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales"[776]. Este régimen de admisibilidad negativa ha reforzado la centralidad del recurso de amparo como mecanismo de garantía objetiva de los derechos fundamentales.

La fórmula lingüística de que se valió el legislador orgánico ("especial trascendencia constitucional"), incluso acompañada de la enunciación de las hipótesis que la hacen concurrente, dista de ser autosuficiente y suscitó dudas sobre sus verdaderos alcances, obligando a los operadores jurídicos a volver la mirada al Tribunal Constitucional, a la espera de una mayor concreción.

3.3.3.2. La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 155/2009, de 25 de junio

El significado de la "especial trascendencia constitucional" se ha modelado progresivamente por el Tribunal Constitucional.

Un año después de la reforma a su legislación orgánica, dicha magistratura dictó el ATC188/2008, de 19 de agosto, que adelantó algunas consideraciones de orden procesal respecto del nuevo presupuesto de admisión, haciendo hincapié en la necesidad de fundar separadamente, en el texto de cada demanda de amparo, la lesión subjetiva denunciada y la especial trascendencia constitucional[777]. Sobre ello, PÉREZ TREMPS ha indicado que el Tribunal sostuvo una "falta de equivalencia entre lesión y trascendencia", tratándolos como "elementos acumulativos"[778].

De un modo más clarificador, la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 155/2009, de 25 de junio, especificó diversos casos en que se entendería que concurre la "especial trascendencia constitucional", sin que dicha enumeración -tal como se lee en la

[775] Artículo 50.1.b. LOTC.
[776] Ibídem.
[777] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. ATC 188/2008, de 21 de julio. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/21771 (fecha de visita: 25 de noviembre, 2022).
[778] PÉREZ TREMPS. Ob. Cit., 2018, p. 262.

misma sentencia[779] y subraya BELADIEZ[780]- pueda considerarse un *numerus clausus*, sino un listado meramente enunciativo. A pesar de ello, como indica PÉREZ TREMPS, es poco lo que se ha dicho de otros supuestos de especial trascendencia constitucional, pues el Tribunal suele reconducir a tales hipótesis "todos los casos en que ésta es apreciada"[781].

Los supuestos indicados en la mencionada STC 155/2009, para apreciar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional, son los siguientes: "a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre

[779] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2. Disponible: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6574 (fecha de visita: 25 de noviembre, 2022)
[780] BELADIEZ. Ob. Cit., pp. 32-33.
[781] PÉREZ TREMPS. Ob. Cit., 2018, p. 264.

todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios"[782].

A pesar del intento del Tribunal Constitucional, expresado en la sentencia transcrita, por establecer cánones para la admisión del amparo constitucional, tal como observa CASINO RUBIO, en muchos casos, aquél los ha invocado sin que los recursos admitidos encuadren fácilmente en la hipótesis respectiva[783]. Con ello, como señala el mismo autor, queda en evidencia que los motivos de admisión que ha enumerado la STC 155/2009, al Tribunal Constitucional, "no parecen apretarle demasiado, según lo testimonia el escaso rigor que demuestra en su utilización"[784].

Profundizando en este asunto, en el sistema español reformado, apartándose del modelo de amparo alemán[785], una lesión iusfundamental que acarrea un grave perjuicio no cualifica al recurso que la denuncia, por esa sola circunstancia, como uno revestido de "especial trascendencia constitucional"[786]. Así lo ha reafirmado el Tribunal Constitucional en el ATC 29/2011, de 17 de marzo, en que desechando un recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal, expresa que "el supuesto de la gravedad del perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados, como criterio para considerar que un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, fue expresamente descartado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de reforma de la LOTC que dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, al rechazarse la enmienda que proponía introducir este criterio"[787].

Lo anterior tampoco significa que la lesión de un derecho fundamental sea un requisito baladí en la apreciación de la "especial trascendencia constitucional", pues -como aclara la profesora GONZÁLEZ ALONSO- el recurso de amparo no es un instrumento

[782] STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.
[783] CASINO RUBIO, Miguel. "La especial transcendencia constitucional del recurso, los recursos de amparo administrativos y otros apuntes críticos sobre la última doctrina constitucional". En: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 211-212.
[784] Ibídem, p. 213.
[785] En el modelo alemán, la admisión del amparo puede fundamentarse en la "relevancia constitucional fundamental" de la cuestión planteada o en la necesidad de defender la "efectividad de los derechos fundamentales", lo que concurrirá si "la violación de derechos fundamentales alegada tiene una importancia especial o afecta al recurrente de un modo existencial". HERNÁNDEZ RAMOS. Ob. Cit., 2010, pp. 108-112.
[786] BELADIEZ. Ob. Cit., 2018, pp. 67-68.
[787] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. ATC 29/2011, de 17 de marzo, FJ 3. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/22504 (fecha de visita: 06 de noviembre, 2022).

destinado a satisfacer únicamente la dimensión objetiva de los derechos fundamentales[788]. Como ya se ha señalado, citando a este respecto a MANUEL ARAGÓN, "la función de tutela sigue siendo componente necesario del recurso, pero ya no suficiente"[789].

En la misma línea, señala GONZÁLEZ BEILFUSS que, si la lesión iusfundamental denunciada es grave, en la práctica, el Tribunal Constitucional se muestra más laxo a la hora de apreciar la concurrencia de la "especial trascendencia constitucional" y, por otra parte, la inexistencia de lesión es la razón que justifica un tercio de las providencias de inadmisión libradas[790].

En otro asunto, y sea que se comparta o no la doctrina progresivamente asentada por el Tribunal Constitucional en torno a la admisión del amparo constitucional, resulta claro que éste ha satisfecho su rol de ir trazando los alcances de la "especial trascendencia constitucional". A mayores, las directrices asentadas mediante la importantísima STC 155/2009 han contribuido notablemente en esa misión, consolidando el sentido de toda la reforma operada mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Por ello, no exagera PÉREZ TREMPS al señalar que dicha sentencia posee "un contenido *quasi* normativo, como una especie de 'reglamento jurisprudencial' de desarrollo del art. 50.1.b LOTC"[791].

Sobre este mismo asunto, en el caso "Arribas Antón v. España"[792], de 20 de enero de 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en síntesis, que "a fin de garantizar la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional debería definir el contenido y el alcance de la especial trascendencia constitucional, lo que reconoce que ha realizado en diversas resoluciones desde la aprobación de la reforma, y que, además, debería explicar su aplicación a los casos declarados admisibles a fin de garantizar una buena administración de justicia"[793]. A la luz de este caso y de su doctrina posterior, HERNÁNDEZ RAMOS concluye que el Tribunal Constitucional actúa, en la

[788] GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. ¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo? *Justicia administrativa. Revista de derecho administrativo*, vol. 59, 2013, p. 22.
[789] ARAGÓN REYES. Ob. Cit., 2015, p. 234.
[790] GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. "La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 107, 2016, pp. 333-367.
[791] PÉREZ TREMPS. Ob. Cit., 2018, p. 264.
[792] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Demanda Nº 16563/11. *Arribas Antón v. España*; 20 de enero de 2015. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427748203-sentencia_ARRIBAS_ANTON_c__Espa%C3%B1a.pdf (fecha de visita: 06 de noviembre, 2022).
[793] GONZÁLEZ ALONSO, Alicia y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco. "El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)". *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 54, 2015, p. 166.

admisión del amparo, "conforme a los estándares europeos de máximo respeto a la buena administración de justicia"[794].

En suma, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha clarificado que el recurso de amparo constitucional está orientado a una función objetiva, lo que se manifiesta en que, para poder admitir dicho remedio, la lesión de un derecho fundamental, a pesar de la gravedad del perjuicio que pueda acarrear, teóricamente no es suficiente si no viene acompañada de trascendencia objetiva en los términos prescritos por el artículo 50.1.b de la LOTC y desarrollados por la STC 155/2009. No obstante, en la práctica, la entidad de la vulneración iusfundamental tiene influencia en la generosidad con que el Tribunal Constitucional aprecia la "especial trascendencia constitucional" y, al mismo tiempo, la inexistencia de lesión justifica un tercio de todas las inadmisiones del recurso. De todos modos, la forma en que ha venido funcionando la admisión del amparo, según lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ajusta a los estándares de protección europeos y lo seguirá haciendo en la medida que garantice la seguridad jurídica y respete la buena administración de justicia.

3.3.3.3. La publicidad de las providencias de inadmisión

Como ya se ha dicho, la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha supuesto la inversión del juicio de admisibilidad del recurso de amparo, estableciéndose que éste, en general, no será admisible, a menos que su contenido "justifique una decisión sobre el fondo, por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su especial trascendencia constitucional". En otras palabras, se transitó desde un sistema de admisión positiva en que, cumplidos los requisitos legales, el Tribunal Constitucional debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, a uno de admisión negativa, en que el amparo constitucional sólo procederá excepcionalmente y en determinados supuestos calificados.

Este nuevo régimen de admisión trajo aparejada una modificación relativa al contenido de las providencias de inadmisión, al expresar que éstas "especificarán el requisito incumplido"[795] (artículo 50.3 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

[794] HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. "Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo. El caso Arribas Antón v. España del TEDH". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 108, 2016, p. 333.
[795] Artículo 50.3 LOTC.

Conforme a la regulación anterior a la reforma y desde la modificación introducida en 1988, se establecía que la providencia de inadmisión respectiva "indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso"[796].

Sobre lo anterior, MATIA PORTILLA[797] y URÍAS MARTÍNEZ[798] han expresado la modificación en los verbos empleados, "especificar" e "indicar", no debería generar una gran diferencia, sin perjuicio de lo cual, el Tribunal habría realizado un fuerte viraje desde la emisión de providencias de inadmisión motivadas -en algunos casos, con extenso desarrollo argumentativo- a una práctica en que éstas se limitan a la sola mención de la causal de inadmisión apreciada.

Adicionalmente, las providencias de inadmisión no son objeto de publicación, lo cual, sumado a su sucinto contenido, impide conocer en profundidad el qué se inadmite y por qué razones. Por último, teniendo presente que estas resoluciones de inadmisión son sólo recurribles en súplica por el Ministerio Fiscal[799], a los ciudadanos cuyo acceso al amparo constitucional ha sido denegado no les resta, en el ámbito del derecho interno, otra alternativa que conformarse con la decisión del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, atendido que la mayoría de la doctrina, así como el propio Tribunal Constitucional, han entendido que el sistema de admisión en el amparo constitucional, a pesar de la amplia libertad de apreciación que concede, no es discrecional sino reglado, el conocimiento sobre los lineamientos empleados por dicha magistratura para inadmitir, obraría en beneficio de la certeza jurídica, además de generar un efecto disuasivo en los litigantes temerarios y redundaría en un mayor control sobre su actividad jurisdiccional.

La falta de publicidad de las providencias de inadmisión es un problema no menor dentro del sistema español. En efecto, GONZÁLEZ ALONSO llega a afirmar que al ignorarse qué se inadmite, el recurso de amparo, en su cuanto a la selección de casos, funciona bajo

[796] El antiguo texto del artículo 50.2 de la LOTC estatuía: "La providencia a que se refiere el apartado anterior, que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso, se notificará al demandante y al Ministerio Fiscal. Contra dicha providencia solamente podrá recurrir el Ministerio Fiscal, en súplica, en el plazo de tres días. El recurso se resolverá mediante auto." Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Artículo 1°. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-14328 (fecha de visita: 07 de noviembre, 2022).

[797] MATIA PORTILLA. Ob. Cit., 2009, pp. 356-365.

[798] URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. "Seleccionar lo (menos) importante". En MORALES ARROYO, José María (dir.) *Recurso de Amparo, Derechos, Fundamentales y Trascendencia Constitucional (el Camino Hacia la Objetivación del Amparo Constitucional en España)*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 73-94.

[799] Artículo 50.3 LOTC. Por tal motivo, este interviniente es el único que recibe copia de todas las resoluciones de inadmisibilidad que se pronuncian.

la lógica propia de un *certiorari*[800]. Por otro lado, URÍAS MARTÍNEZ afirma que la falta de publicidad de las providencias de inadmisión es arbitraria y, por ende, inconstitucional[801]. Discrepando de esa postura, BELADIEZ señala que la publicidad de tales resoluciones no constituye una obligación legal, ni puede derivarse sin más del principio de interdicción de la arbitrariedad, pero concuerda en que la transparencia de las providencias de inadmisión facilitaría su control y podría ayudar a prevenir la dictación de decisiones arbitrarias[802].

A modo de corolario, es importante advertir que el recurso de amparo constitucional exhibe una amplia discrecionalidad en su admisión, dado que, si bien la causal tasada que lo hace procedente ha sido establecida por el legislador orgánico, sus contornos y alcances han sido modelados por el propio Tribunal Constitucional, que es el mismo órgano llamado a apreciar su concurrencia, tarea en la cual -como se ha dicho- se comporta con amplia libertad. Si a ese cuadro, se suma el hecho de que la publicidad de sus decisiones se extiende sólo a aquellas que admiten el recurso y no a las que lo inadmiten, surge un espacio de umbría que, además de sembrar potenciales dudas sobre las razones tras la selección de ciertos casos y el rechazo de otros, puede eventualmente ir minando la confianza de la ciudadanía y la academia en la magistratura constitucional, que es justamente una de las fortalezas del sistema español.

3.3.3.4. Algunas implicancias de la denominada "objetivación" del recurso de amparo

El propósito de la reforma fue descongestionar el Tribunal Constitucional, órgano que se encontraba saturado por el elevado número amparos constitucionales interpuestos año a año, recursos a los que, por su elevado número, difícilmente podía hacer frente.

A pesar de lo anterior, es importante poner de relieve que, como han hecho notar algunos críticos de la reforma, ésta no trajo consigo una tendencia hacia la baja en la interposición de los recursos de amparo. En efecto, de un simple ejercicio comparativo entre las estadísticas que arrojan las memorias del Tribunal Constitucional, durante los tres años anteriores a la reforma de 2007 y el último trienio publicado (2020-2022), es

[800] GONZÁLEZ ALONSO. Ob. Cit., 2013, pp. 38-39.
[801] URÍAS. Ob. Cit., p. 93.
[802] BELADIEZ. Ob. Cit., pp. 32-33.

posible constatar que la cantidad de amparos interpuestos anualmente no sólo no ha sufrido reducciones significativas, sino que incluso presenta una leve tendencia al alza[803].

Conectado con lo anterior, el recurso de amparo exhibe actualmente una muy exigua tasa de admisión. Ello, en sí mismo, no es un fenómeno nuevo, pues ya con la antigua normativa, la tasa de admisión de los amparos rondaba el 3% y hoy, bordea entre el 1% y el 2%[804].

No obstante, el éxito de la modificación realizada por el legislador orgánico no puede medirse exclusivamente en base a un criterio numérico, sino que deben mirarse otros ámbitos, como el efecto que produjo en la delimitación competencial entre jurisdicciones en lo tocante a la tutela de derechos fundamentales o en la redefinición del rol del Tribunal Constitucional dentro del sistema.

Si se tiene presente que el objetivo de la reforma era precisamente reducir el número de recursos sobre los que el Tribunal Constitucional tuviera que emitir una decisión de fondo y, correlativamente, devolver la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales a sus guardianes naturales, a saber, los tribunales ordinarios, el propósito del legislador se encuentra, en este punto, satisfecho.

No obstante, la creciente influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo tocante al desarrollo de los derechos, contrasta con la menguada posibilidad de obtener un pronunciamiento sobre éstos, en el plano doméstico, a través del recurso de amparo. Lo anterior no quiere decir que existan más probabilidades de acceder a los tribunales supranacionales que al Tribunal Constitucional, pues las tasas de admisión de los unos y el otro, son igualmente bajas, ni que la materia sobre la que se pronuncien sea exactamente la misma, pues los derechos consagrados en la Constitución española y los proclamados por los instrumentos internacionales que aplican los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo no son enteramente coincidentes.

---

[803] Según las Memorias anuales del Tribunal Constitucional español, en 2003 se presentaron 7721 recursos de amparo, en 2004 se dedujeron 7814 y en 2005, 9476. Por su parte, en 2020 se interpusieron 6515 amparos constitucionales, mientras que en 2021 fueron 8294 y en 2022, 8528. Eso arroja un promedio de 8337 recursos de amparo, en el período 2003-2005 y de 8471, en el trienio 2019-2022. Este ejercicio estadístico, realizado con una simple metodología comparativa, no pretende tener otro valor que uno ilustrativo sobre el impacto de la reforma de 2006 en la tasa de amparos presentados. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Memorias del Tribunal Constitucional*. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx (fecha de visita: 3 de mayo, 2024).

[804] Respecto de estos datos estadísticos, ver: PADRÓS REIG, Carlos. "La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional". *Revista de Administración Pública*, vol. 209, 2019, p. 343.

A pesar de lo señalado, resulta claro que las protecciones comunitaria, europea y doméstica, en muchos puntos, coinciden en el objeto. Si a ello se añade el restringido alcance del recurso de amparo constitucional, una actitud poco proactiva del Tribunal Constitucional podría significar que los derechos fundamentales acaben teniendo, como última interpretación, la que realice un órgano jurisdiccional ubicado fuera del Estado español.

En base a lo anterior, resulta crucial que el Tribunal Constitucional asuma, en sede de amparo constitucional, un rol que compatibilice, por un lado, el carácter excepcional, subsidiario y marcadamente objetivo de dicho medio procesal con la necesidad de participar en el diálogo sobre la tutela jurisdiccional de los derechos con los tribunales supranacionales, "mediante el establecimiento de cánones propios"[805], por otro. Así, como propone la profesora GARCÍA COUSO, el Tribunal Constitucional "debe de tener un papel destacado y no solo residual en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales. Y lo debe hacer en favor de lo que, en definitiva, es su función: la interpretación y, por ende, la protección y defensa de la Constitución como norma suprema del ordenamiento"[806].

[805] GONZÁLEZ ALONSO y RUIZ-RISUEÑO. Ob. Cit., p. 183.
[806] GARCÍA COUSO, Susana. "La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales: adaptarse o quedar desplazado." *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, vol. 187-188, 2016, pp. 115–144 y 142

Conclusiones del tercer capítulo

El sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales se ha erigido en un importante referente para las reformas operadas en diversos países latinoamericanos. Aunque Chile es la excepción en esta materia, pues no ha mediado una reforma en tal sentido, el influjo del ordenamiento español sí se ha dejado sentir fuertemente en otras áreas del derecho, tanto a nivel normativo como jurisprudencial.

Los problemas del modelo chileno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales han concitado un discreto interés en la academia. Sin perjuicio de ello, algunos profesores de derecho público han sostenido, en distintos momentos de las últimas cuatro décadas, que, para optimizarlo, resulta recomendable incorporar elementos presentes en el sistema español, entre los que se cuentan: 1) otorgar mayor injerencia al Tribunal Constitucional en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales; 2) instaurar un mecanismo procesal que permita al Tribunal Constitucional revisar, en último término, los pronunciamientos judiciales librados al conocer de las acciones protectoras de derechos fundamentales; 3) permitir la revisión, en sede constitucional, de las resoluciones libradas por la judicatura ordinaria en los procesos civiles u otros de derecho común, que puedan lesionar los derechos fundamentales; 4) propender a la uniformidad jurisprudencial en torno al contenido de los derechos fundamentales. Lo anterior justifica el análisis dogmático y comparativo de dicho sistema, en función de evaluar su trasplante total o parcial.

El sistema de garantía jurisdiccional español, a pesar de su nombradía en América Latina, se caracteriza por su excepcionalidad y originalidad. En efecto, el modelo de garantía jurisdiccional que contempla un doble amparo tiene antigua raigambre únicamente en España y Alemania.

El modelo germano-español de jurisdicción constitucional de la libertad es excepcional en tres sentidos: en primer lugar, pues se ejerce a petición de los directamente afectados y no sólo de órganos públicos; en segundo término, porque incluye a las resoluciones judiciales como objeto de control, una vez agotada la vía ordinaria, lo que es infrecuente en los sistemas europeos; y en tercer lugar, porque prevé medios específicos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, sin que la normativa regional de derechos humanos que vincula a los Estados europeos, imponga estrictamente la existencia de remedios de tal naturaleza.

Además de excepcional, el modelo de amparo español es original, pues, aunque recibió influencias extranjeras, provenientes de México y otras naciones europeas, la idea de que son necesarios mecanismos protectores de ciertos atributos de la persona puede rastrearse, al menos, germinalmente, hasta el derecho medieval aragonés. Asimismo, la utilización de la voz "amparo" se remonta a la tradición jurídica castellano-aragonesa, trasvasijándose desde allí hacia la normativa de la América colonial. Adicionalmente, la primera plasmación normativa del modelo de justicia constitucional de la libertad conocido como hispano-alemán (o germano-español), con sus caracteres demarcatorios, se encuentra en la Carta española de 1931.

El sistema de doble amparo que inauguró la Constitución de 1931 y que fue reintroducido por la Carta española de 1978, está constituido por dos niveles de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: 1) el primero, ante los jueces y tribunales ordinarios, en el que éstos intervienen garantizando tales derechos, de modo general, en todos los procesos judiciales y, en particular, a través del procedimiento especial, prefrente y sumario, conocido como "amparo ordinario" o "amparo judicial" y 2) el segundo, por medio del remedio extraordinario y subsidiario cuyo conocimiento fue residenciado en el Tribunal Constitucional, denominado "recurso de amparo" o "amparo constitucional". La instauración de este último medio procesal buscaba asegurar que el Poder Judicial respetara y aplicara directamente la Constitución española, en un contexto de retorno a la democracia en que la mayoría de los funcionarios de dicha rama se había generado en dictadura.

La regulación sobre el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en España, se desprende de cinco normas de la Constitución, a saber, los artículos 24.1, 53.2, 123.1, 161.1 b) y 162.1 b). Tres de estas normas constitucionales (artículos 53.2, 161.1 b y 162.1 b) se refieren específicamente al sistema de doble amparo y las dos otras, contribuyen a perfilar el rol de los jueces ordinarios en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y la superioridad del Tribunal Constitucional en dicha misión. El resto del sistema obedece a los lineamientos trazados por el legislador.

La reglamentación legal del sistema de doble amparo, en el período de consolidación democrática española, se basó tanto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona como en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El recurso de amparo jugó un importante papel en el foro jurídico desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978. Este instrumento permitió a los ciudadanos defenderse de los abusos y, al Tribunal Constitucional, cumplir una trascendental labor pedagógica. Sin embargo, la madurez de la democracia española y la consolidación de los derechos fundamentales como elementos preponderantes en su ordenamiento jurídico, han determinado que se transitara desde un amparo constitucional más accesible hacia uno más restringido, centrando la tutela de aquéllos en los jueces ordinarios, quienes son sus garantes naturales.

En la actualidad, el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en España, se encuentra integrado por diferentes capas o niveles, entre los que se enumeran: a) la protección que brinda el Poder Judicial, mediante los procesos ordinarios o comunes; b) la protección que brinda el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de la ley; c) los amparos ordinarios o judiciales; d) el amparo extraordinario o recurso de amparo constitucional. Adicionalmente, se incorpora la protección supranacional e internacional brindada a los derechos humanos contenidos en convenciones de las que el Estado español es parte, la que, si bien no forma parte del sistema doméstico, se menciona por su actual importancia.

La primera capa o nivel del sistema interno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, viene dada por la protección que les confiere la justicia ordinaria y que se lleva a cabo cuando ésta se pronuncia sobre cualquier acción, incidente o recurso. Al determinar el derecho aplicable en cualquier supuesto, instancia o grado, cada órgano jurisdiccional no sólo está impedido de preterir los derechos fundamentales en juego, sino que, además, se halla obligado a dar a las leyes aplicables la interpretación que mejor se avenga a éstos. Asimismo, el Poder Judicial es siempre quien responderá primero frente a una lesión de derechos, dado que, por su cobertura territorial, lo normal es que éstos se encuentren más rápidamente al alcance de los ciudadanos afectados. Por ello, el Poder Judicial ejerce, a través de los medios ordinarios, una forma de tutela general de los derechos fundamentales.

Además de lo anterior, existen algunos medios ordinarios que poseen una dimensión específica relativa a la tutela jurisdiccional a los derechos fundamentales. Tal es el caso del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones.

En relación con la casación, la norma del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, establece que la violación de la Constitución puede constituir *per se* un motivo que haga procedente dicho recurso. Con ello, una lesión de derechos

fundamentales, en tanto vulneración de normas constitucionales, podría, en principio, ser invocada como fundamento de un recurso de casación. Sin embargo, se ha postulado que, tratándose de un derecho fundamental que cuente con un desarrollo legislativo que haya delimitado su contenido y eficacia, la sola invocación de su reglamentación constitucional resultará insuficiente para fundar el recurso. Adicionalmente, se postula que el citado precepto establece una regla relativa a la competencia del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación basados en este motivo y, por otro lado, que este recurso opera "según la ley", esto es, sujeto a la normativa propia de cada orden jurídico, sin que se trate de una vía impugnatoria separada o independiente de tales regulaciones.

Por otra parte, la casación en España se ha estado orientando, según las reformas operadas en los distintos órdenes jurídicos, hacia una función más nomofiláctica, centrada en el *ius constitutionis* y ya no tanto en el *ius litigatoris*. Ello ha buscado superar la utilización excesiva de ese recurso para reinstalar discusiones ya sostenidas en los grados de cognición anteriores. Esta transformación ha sido experimentada, en las últimas décadas, por los órdenes jurídicos civil, criminal y contencioso-administrativo. A pesar de la razonabilidad de sus fines, entre los que se cuentan, acortar la duración de los procesos y procurar que los más altos tribunales tengan como principal misión la generación de criterios jurisprudenciales, la objetivación este recurso puede traducirse en que algunas lesiones iusfundamentales, sustantivas o procesales, que sean graves, pero no revistan interés casacional suficiente, queden sin ser remediadas. Además, si a ese cuadro se añade la objetivación del recurso de amparo, es posible que muchas vulneraciones no corregidas por la casación, tampoco puedan serlo por intermedio de aquél, pues, aunque el requisito del artículo 50.1.b de la LOTC y el de interés casacional no sean sinónimos, ambos baremos exigen que la lesión denunciada entrañe una relevancia supraindividual, la que no necesariamente concurre en todos los casos.

Sobre el incidente de nulidad de actuaciones, cabe indicar que éste es un mecanismo de antigua raigambre en el ordenamiento jurídico español, pero cuya vinculación con el sistema de protección de derechos fundamentales se hizo más evidente tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y se ha ido estrechando conforme ha evolucionado el recurso de amparo constitucional. Dicho incidente sido objeto de idas y vueltas, constituidas por su derogación, reinstauración y posterior modificación, hasta el punto de haberse convertido hoy, para el legislador, en una "piedra angular" en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y, para el Tribunal Constitucional, en la verdadera antesala al amparo constitucional.

La central posición que actualmente ostenta el incidente de nulidad de actuaciones, viene dada por la objetivación del amparo y de las casaciones, pues las lesiones iusfundamentales no revestidas de interés casacional o especial trascendencia constitucional, para su reparación, dependerán exclusivamente de aquél. Adicionalmente, en vista de que el referido incidente es resuelto por la misma magistratura a la que se imputa la violación iusfundamental, su corrección se torna altamente improbable. Con ello, deberá aceptarse que algunas vulneraciones de derechos fundamentales, incluso de considerable entidad, puedan no ser remediadas, por no estar dispuesto a dar pie atrás el mismo juez o tribunal que las causó y por tampoco revestir una relevancia jurídica objetiva, lo que les impediría ser conocidas en casación y/o amparo constitucional.

En el segundo nivel del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, se encuentra la tutela brindada por el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de la ley y, especialmente, de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta última, si bien opera como una vía esencialmente objetiva, puede servir como un instituto de tutela de derechos fundamentales, si éstos son la base de la fundamentación de la inconstitucionalidad que se alega. Además, tal mecanismo incorpora importantes elementos de tutela subjetiva, como la audiencia previa a las partes en el proceso *a quo* y la suspensión provisional de éste.

En el tercer nivel sistema español de garantía jurisdiccional subjetiva se ubica la protección de los derechos fundamentales vía amparos ordinarios. Su regulación constitucional está contenida en el artículo 53.2 de la Carta española y su normativa legal ha sido objeto de múltiples modificaciones a lo largo del tiempo. En efecto, el amparo ordinario pasó de encontrarse tratado, en sus inicios, íntegramente en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, a encontrarse gobernado, en la actualidad, por normas contenidas en diferentes cuerpos legales.

La legislación original establecía regulaciones generales para el amparo ordinario en materias civiles, penales y contencioso-administrativas, mientras que la actual preceptiva suele considerar a cada forma de amparo judicial como una pieza más en el desarrollo del respectivo derecho fundamental (en el caso de los amparos particulares) o como un elemento integrado en el respectivo orden jurídico, sea civil, penal, contencioso-administrativo, social o militar (en los denominados amparos generales).

En el cuarto nivel del sistema de garantía jurisdiccional se ubica la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo. Dicha atribución le permite controlar algunas decisiones de otros poderes

estatales y, especialmente, de los órganos judiciales, frente a las alegaciones de que éstos han lesionado los derechos fundamentales. Tal facultad no se encontraba originalmente contemplada en el diseño de los Tribunales Constitucionales, pero allí donde existe, se convierte en una "competencia estelar", tanto por su importancia teórica como por su excesiva utilización práctica.

La sobreutilización del recurso de amparo lo ha puesto en riesgo de "morir de éxito", fenómeno que tiene lugar en un contexto dogmático en el que los derechos fundamentales son ubicuos, pues se irradian a toda relación jurídica. Así, conflictos jurídicos originalmente resolubles de acuerdo a la legalidad ordinaria pueden, mediante el recurso a los derechos fundamentales que mejor se proyecten sobre éstos, acabar adquiriendo una trascendencia iusfundamental de la que originalmente carecían. Esta expansión de los derechos fundamentales, que hace posible la multiplicación de los recursos de amparo, ha generado una sobrecarga para el Tribunal Constitucional, a la que éste ha debido hacer frente con más de alguna dificultad y a expensas de sus competencias tradicionales. En tal sentido, las reformas legislativas implementadas para corregirla, si bien han ayudado a descongestionar dicha magistratura, no han podido eliminar completamente el problema del empleo desmedido del recurso de amparo.

Para analizar a fondo el cuarto nivel, se han consultado los mismos cuatro elementos con los que se buscó construir la noción general de amparo en el capítulo segundo, a saber, especificidad procedimental, objeto, sujetos y parámetro de control. A pesar de haberse excluido a los sujetos procesales del bloque de elementos que caracterizan a los institutos de la jurisdicción constitucional de la libertad, dicha categoría se ha incluido en el análisis formulado, tanto por la trascendencia de las discusiones que envuelve en el sistema español como para enriquecer el análisis dogmático y la posterior comparación con el modelo chileno.

En torno a la especificidad procedimental del amparo constitucional, éste constituye -en palabras del propio Tribunal Constitucional- un "proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales". Con ello, queda claro que, si el recurso de amparo es promovido después de agotada la vía judicial ordinaria, éste no constituye una prolongación de la misma. En ese mismo orden de ideas, el proceso de amparo posee una reglamentación especial propia, contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En cuanto a sus sujetos procesales, el recurso de amparo sigue, en principio, una configuración clásica, dado que el sujeto activo de la relación procesal será normalmente un particular (sin perjuicio de que se reconoce legitimación activa, también, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo), mientras el sujeto pasivo será un órgano que ejerce poder público. Sin embargo, respecto de este último punto, cabe hacer presente que la tesis de la "asunción judicial" ha permitido imputar una lesión iusfundamental originalmente provocada por un particular, al juez o tribunal que no la subsanó. Por otro lado, se han admitido recursos de amparo en contra de entidades que no cuadran precisamente en la categoría de poderes públicos como Radiotelevisión Española (RTVE), colegios profesionales y otros entes de naturaleza similar.

En relación al parámetro de verificación en el recurso de amparo, éste no puede ser otro que la Constitución y, en específico, sus artículos 14 al 29 y 30.2. La legalidad ordinaria queda excluida como parámetro en esta sede, pues su aplicación e interpretación es tarea del Poder Judicial, a través de los cauces procesales comunes. No obstante, respecto de los derechos fundamentales de configuración legal, entre los que se encuentra la tutela judicial efectiva, resulta especialmente difícil definir la frontera entre constitucionalidad y legalidad, situación frente a la cual resulta crucial la autocontención del Tribunal Constitucional.

En cuanto al objeto del amparo constitucional, cabe señalar que el *petitum* de la demanda de amparo ha de vincularse al restablecimiento o preservación de algún derecho fundamental tutelable por su intermedio, lo cual, a su turno, debe ser resultado de una lesión real y efectiva, no hipotética, genérica o abstracta. Los derechos fundamentales cuya preservación o restablecimiento puede ser objeto del recurso de amparo son aquellos contenidos en los artículos 14 al 29 y 30.2 de la Constitución española. Sin embargo, conforme se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no todas las proclamaciones incluidas en dicho catálogo constituyen derechos fundamentales amparables, siendo algunas de ellas deberes o principios no exigibles por este cauce. Por otro lado, a través de la "tesis de la conexión", el Tribunal Constitucional ha brindado tutela jurisdiccional indirecta a ciertos derechos fundamentales ubicados extramuros del catálogo señalado, pero vinculados con algunos de los que se encuentran dentro de éste. Adicionalmente, en torno al contraamparo, esto es, el recurso que busca la declaración de que un determinado derecho fundamental tutelable en amparo constitucional, lo ha sido en exceso de su contenido, cabe indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se muestran generalmente reacias a admitirlo, salvo en los casos en que dicha protección

excesiva haya redundado en la lesión de otro derecho fundamental que corresponda a la contraparte en el proceso.

Respecto de la influencia del recurso de amparo en el sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, cabe señalar que, pese a su carácter extraordinario y generalmente subsidiario, por su intermedio, el Tribunal Constitucional fue quien concedió, en incontables ocasiones, la primera protección a ciertos derechos fundamentales, especialmente, a la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 24.1 de la Constitución, cubriendo el amplio abanico de garantías procesales que se insertan en ella. Lo anterior se debió a la ausencia de cauces procesales que permitieran hacer valer oportunamente su lesión ante el Poder Judicial, lo que forzaba a plantearla *ex novo*, a través del recurso de amparo. Así, el Tribunal Constitucional debió paliar, a través del recurso de amparo, un importante déficit de tutela ordinaria. Esta situación, entre otras, dio pábulo al empleo excesivo de dicho recurso, lo que, a la larga, suscitó conflictos competenciales entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Ese cuadro se vio favorecido, además, por un régimen de admisión amplio del recurso de amparo, en el cual, salvo que la existencia de la lesión de derechos fundamentales pudiera descartarse liminarmente, el demandante tenía normalmente garantizado un pronunciamiento sobre el fondo de sus alegaciones.

Del modo anterior, la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, a pesar del alto costo que pueda haber representado, por la restricción del acceso a la jurisdicción constitucional mediante un sistema de selección de casos que, en gran medida, depende del propio Tribunal Constitucional, ha permitido una mayor deferencia hacia el Poder Judicial, minimizando las asperezas que se suscitaron en una época anterior entre éste y aquél y, también, ha contribuido a racionalizar la labor del primero. No obstante, siguen contándose en miles los amparos constitucionales que anualmente son promovidos, a pesar de que sus probabilidades de éxito son hoy aún más reducidas que antes, lo que ha trasladado los esfuerzos del Tribunal Constitucional, antes focalizados en dar respuestas de fondo a la mayoría de los recursos, actualmente, hacia la fase de admisión.

En relación a la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales, se requiere que un órgano jurisdiccional tenga atribuida la calidad de intérprete supremo de éstos y que existan medios procesales para desarrollar una hermenéutica iusfundamental, así como para controlar la interpretación que vayan formulando los restantes órganos jurisdiccionales. En España, el rol de supremo intérprete es cumplido por el Tribunal

Constitucional y el desarrollo de una función hermenéutica sobre los derechos fundamentales se realiza mediante el control de constitucionalidad de la ley y, también, a través del recurso de amparo.

En cuanto al carácter de supremo intérprete de los derechos fundamentales que ostenta el Tribunal Constitucional, éste se desprende de los artículos 123.1 de la Constitución y 1.1 de su Ley Orgánica. A pesar de encontrarse proclamada dicha superioridad hermenéutica, ello no ha sido óbice para el surgimiento de tensiones entre dicha magistratura y otros órganos. Así, además de la dificultad inherente a todo sistema constitucional, originada en el control que ejerce un órgano *contramayoritario* sobre aquellos democráticamente electos y políticamente responsables, deben considerarse, con especial cuidado, las fricciones que pueden suscitarse entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial y, además, entre las decisiones de aquél y las de tribunales internacionales o supranacionales.

En torno a las vías de control de constitucionalidad de la ley como cauces para la labor hermenéutica iusfundamental, tal función se cumple a través del recurso de inconstitucionalidad, que puede ser promovido por órganos de gobierno o legislativos y mediante la cuestión de inconstitucionalidad, que se formula por órganos jurisdiccionales. Aunque estas vías objetivas no constituyen mecanismos exclusivamente basados en la protección de derechos fundamentales, se erigen como un elemento estructural del sistema que permite salvaguardarlos.

En cuanto al recurso de amparo como vía hermenéutica y cauce procesal para controlar la interpretación de los derechos fundamentales que formulen otros órganos jurisdiccionales, el tránsito de un amparo-tutela a un amparo-control, fruto de la reforma de 2007, se ha fundado en una necesidad de reequilibrar las responsabilidades asumidas por la justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional en la protección de aquéllos.

A la luz de la reforma emprendida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se estableció un régimen de admisibilidad negativo del recurso de amparo, en cuya virtud éste sólo sería procedente cuando "el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional", indicando el mismo legislador orgánico que dicha causal "se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales". A falta de suficiente concreción legislativa, el Tribunal Constitucional, mediante su jurisprudencia, y especialmente, a través de la STC 155/2009, enunció

algunas hipótesis en que tal especial trascendencia constitucional concurre. A pesar de ello, siguen subsistiendo ciertas dudas en la admisión de los amparos constitucionales, en la medida que, por un lado, el Tribunal Constitucional no siempre aplica con rigor su propia doctrina jurisprudencial y, por otro, dado que la entidad de la lesión sufrida por el recurrente, a pesar de no estar explicitado como un criterio de admisibilidad, parece jugar un rol importante en esta materia. Adicionalmente, la falta de publicidad de las providencias de inadmisión de los recursos de amparo sólo contribuye a sembrar mayores incertezas sobre el punto.

Por último, algunos autores ponen de relieve que un régimen de admisión excesivamente riguroso, traducido en muy exiguas tasas de recursos que tendrán una resolución de fondo, podría limitar la participación del Tribunal Constitucional en el diálogo entre las jurisdicciones doméstica e internacional, en lo tocante a la protección de los derechos de la persona.

CAPÍTULO 4. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE

El corpus teórico desarrollado en los capítulos primero y segundo, sumados al análisis del sistema de garantía jurisdiccional español del capítulo tercero, resultarán útiles para poner de relieve, desde las perspectivas dogmática y comparativa, la compleja configuración y disfuncional operatoria del modelo chileno de protección de derechos fundamentales. En tal sentido, subrayar las anomalías de este sistema, más que un ejercicio meramente crítico, tiene como finalidad la búsqueda de soluciones que permitirían reencauzarlo y optimizarlo, sea a través del trasplante jurídico -total o parcial- del modelo español, sea mediante la reorientación jurisprudencial de algunos de sus elementos o bien, por medio de ajustes normativos.

4.1. Bases históricas para el análisis del sistema chileno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales

El sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales en Chile, se presenta como un cuadro integrado por mecanismos constitucionales y legales tendientes a darles operatividad, los cuales han sido fruto de un paulatino proceso de profundización de la democracia y cuyo funcionamiento, según se explicará a continuación, está plagado de problemas e indefiniciones.

4.1.1. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en la tradición constitucional chilena (1823-1970)

Se ha señalado que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile, tiene antecedentes que es posible remontar hasta 1823[807]. Durante ese año, se aprobó la denominada "Constitución moralista", en cuyo artículo 116 se consagraba un mandato genérico para Poder Judicial[808], y en el 143.1, una atribución específica para la

[807] ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las 'cuestiones políticas'". *Ius et Praxis*, vol. 14, N° 2, 2008, p. 282.
[808] Dicha norma era del siguiente tenor: "Artículo 116. El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes". Constitución Política del Estado. 29 de diciembre de 1823. Artículo 116. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005202&idParte= (fecha de visita: 4 de enero de 2023).

Corte Suprema[809], ambas orientadas a la protección de los derechos individuales. No obstante, atendida su reciente independencia del imperio español, Chile reconocería esta fugaz Carta constitucional entre muchas otras emitidas durante el período de ensayos constitucionales, como las Leyes Federales de 1826 y la Constitución de 1828, ninguna de las cuales contendría previsiones normativas tan explícitas en torno a la garantía de los derechos fundamentales como la de 1823.

En 1833 se aprueba una nueva Constitución, norma fundamental que, al mantenerse en vigor por alrededor de 92 años, ha sido la más longeva de la historia constitucional chilena. Esta última Carta establecía, en términos aún más lacónicos que la de 1823, la posibilidad de plantear un contencioso basado en la protección de garantías ante el Consejo de Estado[810] y la obligación de la Comisión Conservadora de "prestar protección a las garantías individuales"[811].

Las potestades previstas en las Constituciones de 1823 y 1833, fueron objeto de normación infraconstitucional en los Reglamentos Judiciales de 1824 y 1836, respectivamente, regulaciones que dejaron de estar en vigor tras la aprobación de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, en 1875.

Más importante que la proclamación de dichos poderes genéricos (cuya operatividad práctica puede sospecharse fue muy escasa) fue la introducción, en el artículo 143 de la Constitución de 1833, del instituto procesal del *hábeas corpus*[812]. Tal mecanismo de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales es el de más antigua data del derecho chileno. Sin embargo, como afirma GARCÍA BELAUNDE, éste no fue realmente operativo hasta 1891, en que se dispuso, por primera vez, la regulación legal de su

[809] El citado precepto estatuía lo siguiente: "Artículo 146. Sus atribuciones son: 1.a Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales". Ibídem.
[810] Constitución Política de la República de Chile. 25 de mayo de 1833. Artículo 104 N° 4. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=137535&idParte= (fecha de visita: 4 de enero de 2023).
[811] Ibídem. Artículo 58 N° 1.
[812] El artículo 143 establecía: "Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre, a la majistratura que señale la lei, reclamando que se guarden las formas legales. Esta majistratura decretará que el reo sea traído a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve i sumariamente, corrijiendo por sí, o dando cuenta a quien corresponda correjir los abusos." Ibídem.

procedimiento[813], lo cual es concordante con el carácter programático y no directamente aplicable de la Carta Fundamental que lo contenía[814].

En 1925, con el propósito de cerrar una grave crisis institucional, se dictó la Constitución de ese año, que reemplazó a la de 1833. Dicha Carta, en términos de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, mantuvo el *hábeas corpus*, con una estructura muy similar a la de su predecesora. Adicionalmente, su artículo 20 estatuyó una garantía patrimonial reparatoria, en favor de toda persona respecto de quien se dictase sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo, en causa penal y que la autorizaba a impetrar una indemnización por los "perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente"[815], que será el antecedente de la indemnización por error judicial prevista en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución en vigor.

Adicionalmente, mediante una reforma constitucional del año 1957, se introdujo en el artículo 6° N° 2 de la Carta de 1925, una acción para reclamar de la cancelación de la carta de nacionalización, la que sería resuelta por la Corte Suprema, conociendo como jurado y cuya sola interposición suspendería los efectos de la resolución impugnada[816]. Este expediente será, también, el predecesor de aquél conocido como acción de reclamación de la nacionalidad, contenido en el artículo 12 de la Constitución vigente.

El esquema de garantías jurisdiccionales de la Carta de 1925, circunscrito a los elementos antes señalados, será objeto de discusiones e intentos de reforma, a raíz del clima de polarización política que Chile vivirá a partir de la década de 1960. Institucionalmente, dicha crisis se tradujo, entre otras cosas, en constantes conflictos

---

[813] GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "El Habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas". *Revista Iuris Dictio*, vol. 4, N° 7, 2003, p. 144. Sobre los alcances de dicha regulación, ver NOGUEIRA. Ob. Cit., 1998, p. 195.

[814] Como indica Aldunate, mediante la ley de garantías constitucionales de 7 de octubre 1884, se reguló la privación de libertad por arresto o prisión, así como las hipótesis derivadas "del ejercicio de la autoridad paternal o familiar, o del capitán de una nave o del conductor de un tren, que derivare en restricciones a la libertad individual; a los casos de restricciones de libertad derivadas de tratados internacionales, como la extradición, a los casos de internación por insanía mental." Agrega que, mediante una ley de 5 de diciembre de 1891, se complementó esta regulación, introduciendo el *hábeas corpus*, figura que, en la ley, tendrá una fisonomía distinta de la que reconocía la Constitución, al punto de poder considerarlas dos instituciones diferentes, pues aunque ambas "acciones siguen un mismo cauce procesal", "difieren en sus causales de procedencia y en las atribuciones que se otorgan al tribunal que conoce de la acción". ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile". *Estudios Constitucionales* vol. 5, N° 1, 2007, p. 21.

[815] Constitución Política de la República de Chile. 18 de septiembre de 1925. Artículo 20. Disponible en: https://www.bcn.cl/Books/Constitucion_politica_de_Chile_1925/index.html#p=12 (fecha de visita: 4 de enero de 2023).

[816] El artículo 6 N° 2 de la Constitución de 1925 establecía: "Artículo 6. La nacionalidad chilena se pierde: 2º Por cancelación de la carta de nacionalización, de la que podrá reclamarse dentro del plazo de diez días ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado. La interposición de este recurso suspenderá los efectos de la cancelación de la carta de nacionalización". Ibídem.

atributivos entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República, razón que movió al Presidente Eduardo Frei Montalva, a empujar una serie de reformas a la Constitución, las que se aprobarían en enero de 1970. Tales modificaciones, junto con reforzar la autoridad presidencial y acrecentar su influencia en el proceso legislativo, estatuyeron una autoridad jurisdiccional cuya misión esencial sería zanjar las discrepancias competenciales entre el Ejecutivo y el Legislativo, funcionando como un árbitro jurídico para el proceso político: el Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, con la asunción al poder de Salvador Allende, en 1970 y frente a la implementación de medidas de estatización de recursos, expropiación de bienes e intervención de industrias, la oposición presentó un proyecto de reforma constitucional, en 1972, con la finalidad de crear un "un contencioso-administrativo urgente para dar tutela a la propiedad"[817]. Dicho proyecto no prosperaría.

Finalmente, la Constitución de 1925 perdería eficacia tras el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, el que, junto con derrocar a Allende, dio pie a una dictadura militar que duraría 17 años. El régimen autoritario encabezaría un proceso de profunda transformación institucional, uno de cuyos ejes sería la emisión de un nuevo texto constitucional.

4.1.2. La Constitución de 1980 y la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales

En el marco del proceso de reorganización impulsado por la dictadura militar, se planteó tempranamente la necesidad de generar una nueva Constitución, que reemplazara a la de 1925[818]. Para tal propósito, se cometió a un órgano creado al efecto, denominado "Comisión de Estudios de la Nueva Constitución" -en adelante, CENC- compuesta por juristas ideológicamente cercanos al nuevo régimen, cuya misión sería la redacción de un nuevo proyecto constitucional.

[817] BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 19, N° 2, 2006, p. 208

[818] Prueba de ello es que la primera sesión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), tuvo lugar el 24 de septiembre de 1973, es decir, 13 días después del derrocamiento del Presidente Salvador Allende, conforme se lee en su primera acta. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. *Actas oficiales de la Comisión Constituyente*. Tomo I. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf (fecha de visita: 5 de enero, 2023).

En lo tocante a la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, la CENC sugirió mantener, en lo medular, las acciones que contenía la Constitución de 1925. Adicionalmente, y teniendo en especial consideración la carencia de una jurisdicción de lo contencioso-administrativo[819], decidió suplir dicho vacío, retomando el proyecto de reforma constitucional de 1972, que apuntaba en esa dirección. Sobre la base de esa propuesta, se diseñó un nuevo instrumento protector de derechos fundamentales, que se configuró a semejanza del *hábeas corpus*, pero extendiendo su aplicación a un amplio elenco de derechos fundamentales, mayoritariamente civiles y de titularidad individual, y sin restringir su procedencia sólo a actuaciones de la autoridad.

Este novedoso mecanismo, conocido como "recurso de protección" o "acción constitucional de protección", ha sido el protagonista indiscutido de la litigación chilena de las últimas décadas. Dicho instituto nació en el artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3 de 1976 y, en términos muy similares[820], se traspasó a la regulación definitiva contenida en el artículo 20 de la Constitución de 1980[821]. Como aspecto interesante a comentar, en la versión final del precepto antes referido, se añadió un inciso 2°, que estableció una modalidad especial de la acción constitucional de protección, destinada a amparar el derecho colectivo a vivir en un medioambiente libre de contaminación y que ha sido la única parte del referido instituto que ha sufrido modificaciones, habiéndose mantenido inalterable, en lo restante, desde la entrada en vigor de la Carta de 1980.

---

819 FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; y CAZOR ALISTE, Kamel. "El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo". *Revista de Derecho (Valdivia*), vol 14., 2003, pp. 71-72. Asimismo, ver lo expuesto en la sesión Nº 214 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. *Actas oficiales de la Comisión Constituyente*. Tomo VII. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3771/2/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf (fecha de visita: 5 de enero, 2023).

820 HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. *Acción de Protección. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial*. Santiago: Der, 2018, p. 2.

821 El artículo 20 de la Constitución chilena en vigor, es del siguiente tenor: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada." Constitución Política de la República de Chile. 11 de marzo de 1980. Artículo 20. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte= (fecha de visita: 6 de enero, 2023).

En suma, la Constitución vigente en Chile mantuvo las garantías jurisdiccionales que exhibían sus antecesoras, reforzándolas y ampliándolas, según se explicará más adelante, e incorporó la acción constitucional de protección, coronando, con ella, el sistema de tutela de los derechos fundamentales. Todo lo anterior, teniendo presente la paradoja que implicó el desarrollo de un sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en un contexto no democrático[822].

4.1.3. Evolución de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales durante la vigencia de la Carta de 1980 (1980-2024)

Como es posible imaginar, desde la entrada en vigor de la Carta de 1980 y hasta la derrota electoral sufrida por el régimen militar en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, no hubo grandes avances en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales. Los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional estuvieron bajo el control de los detentadores del poder, y si bien se pronunciaron sobre algunas de las acciones que implementaba la Constitución en vigor, ninguna sentencia firme se expidió en favor de los afectados por las graves violaciones de derechos cometidas en esa época[823].

Conectado con el contexto en el que se gestó la Carta de 1980, el último día del régimen autoritario, se publicó la Ley 18.971, que estableció la acción de amparo económico. El propósito tras la creación de dicho instituto procesal, fue resguardar jurisdiccionalmente algunos aspectos basales del orden público económico instaurado. Luego, reinaría un largo silencio legislativo y habría de transcurrir casi una década desde el retorno a la democracia, para que el legislador instaurase nuevas vías procesales de tutela de derechos fundamentales.

---

[822] Una muestra del dramático escenario en que se gestó la Constitución de 1980, se desprende de lo constatado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1985: "(…) el Comité de Cooperación para la Paz en Chile y luego la Vicaría de la Solidaridad asesoraron la interposición de 5.400 recursos de amparo ante las Cortes de Apelaciones de Santiago y Presidente Aguirre Cerda, en favor de personas arrestadas por orden de la autoridad política o que sufrieron perturbaciones en su derecho a la libertad personal. De toda esta cantidad de recursos, los tribunales sólo acogieron 10, en muy pocos de los cuales se logró la libertad del afectado." COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Capítulo VIII: El derecho a la justicia y al proceso regular. C. El recurso de amparo (habeas corpus)". En: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. 1985*; 8 de mayo de 1985. Disponible en: https://cidh.oas.org/countryrep/chile85sp/Indice.htm (fecha de visita: 11 de julio, 2024).

[823] La propia Corte Suprema de Chile, en una histórica declaración pública, emitida días antes de cumplirse cuarenta años desde el golpe de Estado que derrocó a Salvador Allende, reconoció que sus acciones y omisiones posibilitaron los graves sucesos acaecidos durante la dictadura militar. EL MERCURIO. *Corte Suprema realiza histórico mea culpa donde reconoce omisiones en régimen militar*, 6 de septiembre de 2013. Disponible en: https://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/06/618455/suprema-reconoce-que-por-acciones-u-omisiones-el-poder-judicial-fallo-en-dictadura.html (fecha de visita: 7 de enero, 2023).

Ya en democracia, el primer hito legislativo en la materia se produjo en 1999, fecha en que se dictó la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada. Dicho cuerpo legal estableció un régimen legal para el tratamiento de datos, consagró el derecho a la autodeterminación informativa[824] e incorporó tres acciones judiciales para reclamar frente a la vulneración de derechos, por parte de las personas o entidades responsables de bancos de datos[825].

Como otro importante suceso, debe destacarse el reemplazo gradual del sistema procesal penal inquisitivo por uno de tipo acusatorio, que comenzó en el año 2000. Más que sólo cambiar la fórmula de enjuiciamiento criminal, la reforma buscaba -como señala PFEFFER- dar plena efectividad a los derechos fundamentales de los individuos "sometidos al ejercicio del *uis punendi* por parte del Estado"[826]. En el marco de dicha reconfiguración normativa, se establecieron diversas vías de amparo de derechos fundamentales en el Código Procesal Penal, tales como la cautela de garantías (artículo 10), el incidente de nulidad procesal (artículos 159 y 160) y el recurso de nulidad (artículo 373 letra a), entre otros.

Por otro lado, mediante la Ley 19.779 de 2001, conocida como "Ley VIH/SIDA", se establecieron una serie de medidas relativas a dicha condición de salud, instaurándose, entre ellas, una acción para sancionar las conductas discriminatorias que puedan suscitarse en relación a las personas portadoras.

Indudablemente, tanto el quiebre institucional como el lento tránsito hacia la recuperación democrática, jugaron roles gravitantes en el advenimiento tardío de la constitucionalización del derecho chileno[827]. De ese modo, debieron transcurrir varios años para que los operadores jurídicos y, en especial, la judicatura, comenzaran a recibir el influjo de otras tradiciones jurídicas en que dicho fenómeno ya se encontraba más consolidado. Como resultado, a mediados de la década de los 2000, el constituyente derivado iniciará la tramitación de reformas constitucionales en tal dirección y el legislador comenzará a instaurar, de manera progresiva, pero dispersa, una serie de

---

[824] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Tomo II, 2005, pp. 449-471.

[825] Para un diagnóstico sobre la situación de estas vías procesales, se recomienda un acápite del siguiente estudio: CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 18, N° 2, 2020, pp. 112-114.

[826] PFEFFER URQUIAGA, Emilio. "Entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el país". *Ius et Praxis*, vol. 7, N° 2, 2001, p. 271.

[827] CEA EGAÑA, José Luis. "Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico". *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 16, 2004, p. 300.

acciones legales, cuyo propósito sería erigirse en medios procesales específicos de defensa de los derechos fundamentales.

Como punto crucial en la consolidación democrática chilena, la Carta Fundamental sería objeto de profundas reformas en el año 2005, con el propósito de ajustar su contenido y eliminar algunos de los enclaves autoritarios que ésta mantenía. Estas modificaciones, en lo que nos interesa, incorporaron tres nuevas atribuciones para el Tribunal Constitucional, dos relativas al control represivo de constitucionalidad de la ley (acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad) y una destinada al control de autos acordados dictados por los tribunales superiores y el Tribunal Calificador de Elecciones. Estos tres institutos, por su configuración, han tributado a la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales por parte de la magistratura constitucional, según se explicará en el apartado correspondiente. Asimismo, se modificó el inciso 2° del artículo 20 de la Constitución, en lo relativo a los requisitos de procedencia de la acción de protección medioambiental.

Más adelante, en el ámbito legislativo, en el año 2006, se aprobó la Ley 20.087, que reformó la judicatura laboral e incorporó un nuevo mecanismo de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, a través del denominado "procedimiento de tutela laboral". Dicho instrumento, como indica SILVA IRARRÁZAVAL, "está inspirado por la necesidad de dotar a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador con una eficacia horizontal inmediata en el seno de la empresa, satisfaciendo así la exigencia del principio de vinculación directa de la Constitución en el específico ámbito de las relaciones laborales"[828].

En 2009, también como fruto de una reforma procesal, esta vez, en materia tributaria, se crearon los Tribunales Tributarios y Aduaneros, incorporándose un reclamo por vulneración de derechos fundamentales del contribuyente, mediante los artículos 155 y siguientes del Código Tributario[829].

Luego, en el año 2010, mediante la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, se creó una acción antidiscriminatoria en favor de este grupo social.

---

[828] SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. "Supremacía constitucional y tutela laboral". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIV, N° 1, 2011, p. 32.

[829] Ley 20.322. Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera. Artículo 2°. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=286151 (fecha de visita: 7 de enero, 2023).

Con posterioridad, en el año 2012, se dictó la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, texto que puso fin a una larga tramitación parlamentaria y estableció una acción general antidiscriminatoria. La aprobación y promulgación de ese estatuto se realizó aceleradamente, en contraste con su dilatada discusión de más de una década, en un momento especialmente sensible y bajo una fuerte presión social, como resultado del crimen de odio que acabó con la vida del joven Daniel Zamudio (de allí que sea comúnmente conocida como "Ley Zamudio")[830], todo lo cual pudo ser la causa de las enormes deficiencias técnicas que presenta[831].

Por último, entre 2021 y 2023, como resultado de las protestas sociales de 2019, tuvieron lugar dos ciclos constituyentes en Chile, por medio de los cuales se intentó reemplazar la Constitución en vigor, siguiendo las disímiles orientaciones ideológicas que predominaron en ambos procesos. Ninguno de ellos obtuvo el apoyo ciudadano en las urnas, con lo cual, el orden constitucional instituido en dictadura y reformado en democracia, se mantiene en pleno vigor. No obstante, resulta importante destacar que en ambos procesos, las discusiones más álgidas se centraron en el catálogo de derechos fundamentales a consagrar más que en el rediseño de garantías jurisdiccionales eficaces para su tutela. Ello concuerda con dos tendencias descritas, en su momento, por Rey, en el sentido de que el discurso de los derechos fundamentales se diferencia en América Latina y en Europa, dado que el primero posee "mayor contenido semántico" y pone "énfasis en los derechos sociales", mientras que el segundo es "más hirsuto, menos retórico, pero más garantista y con mayor subrayado de las garantías procedimentales"[832].

4.2. La garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile

El sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales, en palabras de PAREDES, se refiere a "todos aquellos mecanismos que tienen por finalidad reparar una vulneración concreta de un derecho que ha sufrido un particular. En definitiva, lo que se

[830] El origen del proyecto de ley y el contexto de su aprobación aparecen descritos con encomiable concisión, en el siguiente estudio: MUÑOZ LEÓN, Fernando. "La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación". *Revista de Derecho,* vol. XXXI, N° 2, 2018, 177 y 179-180.

[831] Para ahondar en las deficiencias sustantivas de la norma, se recomienda el siguiente estudio: CASAS BECERRA, Lidia, y LAGOS TSCHORNE, Catalina. "Análisis Crítico de La Acción de No Discriminación Arbitraria a La Luz de Los Primeros Casos". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 10, 2014, pp. 127-137.

[832] REY MARTÍNEZ, Fernando. "Presentación. Derechos Fundamentales en América Latina: balance y tendencias". En: Rey Martínez, Fernando (dir.) Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes. Madrid: Editorial Complutense y FIIAPP, 2011, p. 13.

busca es la protección de derechos e individuos concretos frente a actuaciones de los poderes públicos restableciendo el derecho vulnerado"[833]. En el ordenamiento chileno, sin embargo, no sólo los órganos estatales pueden ser emplazados mediante los cauces procesales de amparo, sino que, en general, éstos también proceden contra particulares.

En tal sentido y recordando lo señalado, a este respecto, en los capítulos segundo y tercero, el sistema de garantía interno se encuentra integrado por diferentes componentes o niveles, los que, en el caso chileno, se presentan de la siguiente forma: a) la protección que brindan los órganos judiciales, mediante los procesos ordinarios o comunes; b) la protección que brinda el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de normas; c) los amparos especiales, constitucionales y legales; d) el amparo extraordinario o recurso de protección.

De los niveles antes expuestos, debe recordarse que los dos últimos son eventuales y su existencia depende de una definición sistémica formulada por el respectivo ordenamiento. En el caso chileno, teóricamente puede afirmarse que se encuentran presentes los cuatro niveles o capas de protección. No obstante, en la práctica, el instituto situado en el cuarto nivel se encuentra aquejado de tan severas distorsiones que no es posible concebirlo como un verdadero amparo extraordinario, según se explicará oportunamente.

Adicionalmente, debe indicarse que, en Chile, la intervención del Tribunal Constitucional se reduce al ejercicio de un limitado número de atribuciones de control de normas y que la jurisdicción constitucional de la libertad se agota en el Poder Judicial, con lo cual, el predominio de los tribunales ordinarios en esta función es mucho más nítido que en otros sistemas.

4.2.1. Primer nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por órganos judiciales, a través de los cauces procesales comunes

Como ya se ha señalado, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, la aplicación de la Constitución y la defensa de los derechos proclamados en ella, es labor de todos los órganos jurisdiccionales, en todos los procesos de que conozcan. Así, por su

[833] PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio. "La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática." *Revista chilena de derecho*, vol. 42, N° 1, 2015, p. 247.

número, cobertura territorial y cercanía al ciudadano, el Poder Judicial y los demás tribunales creados por la ley, son quienes se erigen en primeros garantes de los derechos fundamentales.

4.2.1.1. Cuestiones conceptuales: "Poder Judicial" y "tribunales ordinarios"

Conviene tener presente que, en el derecho chileno, las expresiones "Poder Judicial" y "tribunales ordinarios" poseen un significado diferente del que se les asigna en el ordenamiento español.

Por un lado, la noción de "Poder Judicial" en Chile, dice relación con un entramado orgánico que no engloba a todos los juzgados y tribunales diferentes del Tribunal Constitucional, aunque sí a la mayoría de ellos[834].

Existen otros tantos órganos jurisdiccionales creados por ley, pero ubicados fuera de la estructura orgánica del Poder Judicial, los cuales se encuentran, de todos modos, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, conforme al artículo 82 de la Constitución, con excepción del Tribunal Constitucional y de aquellos que integran la denominada "justicia electoral"[835].

Por otra parte, la expresión "tribunales ordinarios", en Chile tampoco equivale a la de "Poder Judicial" como ocurre en el caso español, sino que se emplea para referirse a un tipo específico de órgano jurisdiccional, regido por las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales. Como contrapartida, los denominados "tribunales especiales", indistintamente de su pertenencia o no al Poder Judicial, son aquellos regidos por leyes especiales y respecto de los cuales el Código Orgánico de Tribunales recibe aplicación supletoria[836].

---

[834] Como indica Bordalí, además de "los tribunales que conforman el Poder Judicial existe igual o mayor cantidad de ellos ubicados fuera de esta organización." BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado." *Revista chilena de derecho*, vol. 36, N° 2, 2009, p. 215.

[835] El artículo 82, inciso 1° de la Constitución establece: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales."

[836] El artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales estatuye: "A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.

Más allá de tales precisiones conceptuales, la función de tutelar los derechos fundamentales pesa, de un modo general, sobre todos los órganos judiciales y opera en todo proceso de que éstos conozcan. También, se ejerce a través de algunos incidentes y recursos específicos previstos en determinados órdenes jurídicos, según se explicará a continuación.

4.2.1.2. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, a través de los recursos casacionales

En el caso chileno, los recursos de tipo casacional reciben diferentes denominaciones en los distintos órdenes jurídicos, por lo que se les ha agrupado bajo tal denominación genérica. Del mismo modo, la función tutelar de derechos fundamentales está atenuada en algunos de esos medios de impugnación y reforzada en otros, lo que torna muy asimétrica la garantía que puede dispensárseles a través de cada uno de ellos.

4.2.1.2.1. Recurso de casación civil

La reglamentación del recurso de casación del orden civil, contenida en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es la más antigua en la materia y a dicha normativa suelen remitir otros cuerpos legales, de forma supletoria[837].

Este recurso se clasifica, según el vicio que se invoque, en recurso de casación en la forma, si se trata de una infracción a la legislación procedimental que irroga perjuicio sólo reparable por esta vía, y recurso de casación en el fondo, si se hace valer una errónea

Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía.

Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la ley Nº 19.968, en el Código del Trabajo, y en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este Código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él.

Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.

Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código."

[837] Existe remisión expresa a esa normativa, entre otras, en las siguientes materias: tributaria (artículo 145 del Código Tributario), familia (artículo 66 de la Ley N° 19968 que crea los tribunales de familia) y ambiental (artículo 26 de la Ley 20.600 que crea los tribunales ambientales).

aplicación del derecho sustantivo. En ambos casos, el vicio ha de haber influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia[838].

Desde la perspectiva de su finalidad, el recurso de casación civil chileno tiene como finalidad resguardar el *ius litigatoris* y no el *ius constitutionis*, en la medida que su regulación exige, además de una infracción a la legalidad procesal o sustantiva, que ésta influya sustancialmente en la decisión librada respecto del agraviado. Así, para este último, el recurso de casación se transforma en el instrumento final para la defensa de sus intereses y la Corte respectiva (Apelaciones o Suprema), en el órgano del que puede impetrarla. En tal sentido, la casación chilena, aunque teóricamente se afirme lo contrario, opera, en muchos casos, como una verdadera "tercera instancia"[839].

A pesar de lo anterior y contra la opinión de la doctrina procesal mayoritaria, la Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que la infracción de preceptos constitucionales no puede fundar el recurso de casación. Al cristalizar esa doctrina jurisprudencial, la Corte Suprema ha sido muy estricta y se ha negado a distinguir, entre otros asuntos, la influencia que podrían tener las normas constitucionales infringidas en la relación jurídica que da origen a la controversia, su relación con las otras normas aplicables al caso, el tipo de preceptos constitucionales que se invocan o si éstos poseen o no desarrollo legislativo[840]. En consecuencia, tal como se ha resuelto, los derechos fundamentales, siendo normas constitucionales, no pueden ser objeto del recurso de casación sino a través de las normas legales que los desarrollan[841].

[838] Ello sintetiza lo dispuesto en los artículos 765, 767 y 768 del Código de Procedimiento Civil chileno.
[839] En el mismo sentido, MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. "El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno: una instancia más". En: PALOMO VÉLEZ, Diego (dir.) *Recursos procesales. Problemas actuales*. Santiago: Der, 2017, p. 194.
[840] Del Río plantea que la casación en el fondo por infracción de precepto constitucional sería perfectamente posible si éste "tiene el carácter de regulatorio de una situación jurídica *interpartes* y acaba siendo el precepto aplicable al caso concreto. Ciertamente también es posible la denuncia de infracción de un precepto constitucional cuando este aparece conjuntamente infringido con un precepto legal, en cuyo caso podríamos decir que la infracción constitucional se cita como una forma de recalcar la ilegitimidad jurídica de la sentencia recurrida." DEL RÍO FERRETTI, Carlos. "Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma". *Ius et Praxis*, vol. 21, N° 2, 2015, p. 166.
[841] Al efecto, ver las siguientes sentencias: CORTE SUPREMA. Rol 1702-2017, de 16 de octubre de 2017, considerando 9°; Rol 139-2017, de 9 de noviembre de 2017, considerando 13°; y Rol 34427-2016, de 22 de mayo de 2017, considerando 9°.

4.2.1.2.2. Recursos de nulidad de los órdenes penal y laboral

A diferencia del recurso de casación civil, los recursos casacionales de los órdenes penal y laboral, conocidos ambos bajo el nombre de "recurso de nulidad", presentan hipótesis precisas de invalidación del juicio y la sentencia o sólo de esta última, por violación de derechos fundamentales.

En efecto, el recurso de nulidad penal, en la causal prevista por el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, se concede cuando "en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes"[842]. Las impugnaciones reconducidas por esta causal son competencia de la Corte Suprema, tribunal que ha desarrollado una prolífica jurisprudencia sobre el respeto de los derechos fundamentales en el marco de la investigación y el juzgamiento en sede criminal[843].

Por otro lado, según dispone la parte pertinente del artículo 477 del Código del Trabajo, el recurso de nulidad laboral procede "cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales (…)"[844]. Este recurso, cuyo conocimiento es competencia de las Cortes de Apelaciones, constituye una forma de preservar la supremacía constitucional, entendida "como la obligación del juez laboral de interpretar el derecho aplicable conforme a la Constitución"[845].

En suma, por medio de estos institutos puede velarse por el pleno respeto a los derechos fundamentales y corregirse las lesiones que, en sede penal o laboral, pudieran haberse cometido *in procedendo* o *in iudicando*. Dicha situación, como resulta evidente, contrasta ostensiblemente con los restantes órdenes jurídicos, en los que, por aplicación directa o supletoria del Código de Procedimiento Civil, los derechos fundamentales no pueden constituir parte del parámetro de control casacional.

---

[842] Código Procesal Penal. Artículo 373 letra a). Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595 (fecha de visita: 8 de enero, 2023).

[843] Sobre la jurisprudencia relativa al control de identidad, su vinculación con los derechos fundamentales y la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, ver: RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. "Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad". *Política Criminal*, vol. 15, Nº 29, 2020, pp. 452-482

[844] Código del Trabajo. Artículo 477. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436 (fecha de visita: 8 de enero, 2023).

[845] SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2011, p. 47.

4.2.1.3. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales vía incidente de nulidad procesal

El incidente de nulidad procesal es un instituto que permite obtener la invalidación de actos procesales viciados, que irroguen un perjuicio a la parte que lo deduce. Su regulación está dada, en sede penal, por los artículos 159 y 160 del Código Procesal Penal y, en materia civil, por los artículos 83 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Esta última normativa es de aplicación supletoria, conforme a lo preceptuado por los artículos 1° y 3° del citado cuerpo legal.

A diferencia del incidente de nulidad de actuaciones español, el de nulidad procesal del ordenamiento chileno no ampara todos los derechos fundamentales, sino sólo aquellos de orden procesal.

En relación a la función de amparo del incidente de nulidad procesal, es importante señalar que el Código de Procedimiento Civil, al regular dicho instituto, no es claro en torno a la misma. La lesión de derechos fundamentales no es uno de sus requisitos explícitos, pues éstos sólo se traducen en que "exista de un vicio" y que éste "irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad"[846]. No obstante, la doctrina procesal civil ha señalado que el agravio que da pie a la nulidad procesal "debe ser real, o sea, perjudicar en forma efectiva los derechos procesales de la parte al debido proceso. Esto es, entrabe, limite, perjudique o elimine su derecho de acción o de defensa"[847].

En el caso del Código Procesal Penal, la función de amparo del incidente de nulidad procesal es mucho más evidente. Dicho cuerpo legal establece que existe perjuicio "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento"[848], es decir, que aquél se origina por defectos procedimentales, no sustantivos. Complementando dicha regulación, el artículo 160 de la misma codificación establece una presunción *iuris et de iure* del perjuicio, que opera "si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en

[846] Código de Procedimiento Civil. Artículo 83. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740 (fecha de visita: 8 de enero, 2023).
[847] OTERO LATHROP, Miguel. "La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público", Libro segundo. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 74.
[848] Código Procesal Penal. Artículo159.

las demás leyes de la República"[849]. De ese modo, los derechos fundamentales de orden procesal, y también los conferidos por el legislador, son objeto de protección a través de este expediente.

Por otro lado, el incidente de nulidad por falta de emplazamiento del artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, que es el equivalente chileno a la audiencia a la rebelde prevista en el artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, es una especie de nulidad procesal que, a pesar de poseer sus propios requisitos específicos, cumple, también, una función tutelar de las garantías procesales.

4.2.2. Segundo nivel: la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, a través del control de normas

El Tribunal Constitucional chileno, como se ha dicho, no fue creado con una vocación tutelar de derechos fundamentales, sino como un árbitro en los conflictos competenciales entre el Ejecutivo y el Legislativo. Tal carácter se ha materializado en que, a pesar de que Chile posee una jurisdicción constitucional de la libertad separada de las vías de control de constitucionalidad de la ley, ninguno de los mecanismos propios de aquélla se halla en manos del Tribunal Constitucional, sino que todos se encuentran radicados en la justicia ordinaria.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional brinda protección jurisdiccional a los derechos fundamentales en el ejercicio de todas sus competencias y a través de todos los procesos que se sustancian en su seno. Especialmente, cumple esa labor al ejercer el control de constitucionalidad de la ley, el que puede revestir un carácter preventivo (artículos 93 N° 1 y 3 de la Constitución) o represivo (93 N° 6 y 7 de la Constitución), como también cuando revisa la constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones o el Tribunal Calificador de Elecciones (93 N° 2 de la Constitución).

En los últimos dos casos, a saber, el control represivo de ley previsto en los numerales 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución y el control de autos acordados del numeral 2°, debe ponerse de relieve que éstos operan a requerimiento de particulares. Es decir que personas naturales y jurídicas poseen, en tales atribuciones, legitimación directa para acceder al Tribunal Constitucional, en resguardo de sus derechos e intereses.

[849] Ibídem, artículo 160.

En tales casos, a pesar de que no será el Tribunal Constitucional quien, en el ejercicio de tales atribuciones, adopte las medidas de reparación directas y concretas para brindar tutela a los derechos fundamentales, la declaración de inconstitucionalidad que éste emita en dichas sedes, allanará el camino para que el juez ordinario respectivo pueda disponer el restablecimiento o preservación de aquéllos.

4.2.2.1. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (artículo 93 N° 6 de la Constitución)

La reforma constitucional de 2005 transfirió, desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, la competencia exclusiva para el pronunciamiento incidental sobre la constitucionalidad de las leyes, a través de la declaración de inaplicabilidad de éstas, en el marco de procesos judiciales en curso. Dicha atribución, fue plasmada en el artículo 93 N° 6 e inciso 11° de la Constitución y encuentra su desarrollo legislativo en los artículos 89 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Esta forma de control no sólo fue trasladada desde un órgano a otro, sino, también, dotada de una renovada fisonomía. En virtud de su configuración actual, la inaplicabilidad puede ser promovida por cualquiera de las partes de un proceso judicial pendiente, en que el precepto impugnado pueda recibir aplicación decisiva o por el juez que conoce de dicho asunto. La sentencia que acoja el requerimiento promovido producirá efectos *inter pares* o relativos, excluyendo la aplicación del precepto legal en la gestión judicial respectiva.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurría antes de 2005, este instituto se perfila como una forma de control concreto, que exige al actor explicar la manera en que la aplicación del precepto legal que cuestiona, produce, en su caso y respecto del proceso judicial respectivo, efectos contrarios a la Constitución[850]. Siguiendo esa lógica, lo más común será que el vicio que la parte invoque sea la lesión de un derecho fundamental, pues un defecto de constitucionalidad formal o de otra naturaleza, difícilmente pueda vincularse la situación particular del actor de inaplicabilidad[851].

[850] PICA FLORES, Rodrigo. "El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho Chileno". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 16, N° 2, 2009, p. 102.
[851] HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. "Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia". *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, vol. 15, 2017, pp. 49-68. Más recientemente: PÉREZ AUBEL, Ariel. "Inaplicabilidad, reforma constitucional y vicios de forma (Tribunal Constitucional)". *Revista De Derecho*, *36*(1), 2023, p. 354.

Asimismo, cuando la norma legal es declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional con posterioridad a la emisión de una sentencia, el resultado práctico será que ésta deba ser revocada o invalidada, al haberse excluido la aplicación del precepto que le servía de sustento. De esa manera, si bien el Tribunal Constitucional chileno carece de competencia para revisar fallos judiciales, la consecuencia de una declaración de inaplicabilidad proferida por éste, será que la resolución pronunciada por la el tribunal de la causa que se hubiere asilado en el precepto censurado, deberá ser modificada al desaparecer su sustento legal.

Por lo anterior, se señala que el Tribunal Constitucional puede comportarse, en sede de inaplicabilidad, como un órgano de "cuasi-amparo" o "amparo imperfecto", pues, aunque está impedido de censurar por sí mismo una resolución judicial lesiva de un derecho fundamental, sí puede influir indirectamente en que ésta deba ser enmendada por el superior jerárquico del órgano que la expidió[852].

4.2.2.2. Acción de inconstitucionalidad de preceptos legales (artículo 93 N° 7 de la Constitución)

La acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N° 7 de la Constitución se presenta como una de tipo popular o pública, cuya finalidad es solicitar la declaración general, abstracta y con efectos a futuro o *ex nunc*, de incompatibilidad entre un determinado precepto legal y la Constitución. La norma declarada contraria a la Constitución en virtud de esta atribución, se entiende derogada del ordenamiento jurídico desde la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que acoja el reclamo[853].

[852] ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Tribunal Constitucional. Problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional". *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, vol. 14, 2009, p. 405; CAZOR ALISTE, Kamel y PICA FLORES, Rodrigo. "Tribunal constitucional y control concreto en Chile: ¿evolución hacia un amparo imperfecto?" *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 7, 2009, pp. 13-39; CAZOR ALISTE, Kamel. "Casos paradigmáticos de la acción de inaplicabilidad como amparo imperfecto". En: MARSHALL BARBERÁN PABLO (coord.) *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis crítico*. Santiago: Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011, pp. 239-250; y, CAZOR ALISTE, Kamel y PICA FLORES, Rodrigo. "Delimitación de las esferas jurisdiccionales entre los tribunales ordinarios y el tribunal constitucional". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 26, 2019, pp. 12-14.

[853] El artículo 94, inciso 3°, parte 2ª de la Constitución estatuye: "No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo."

Para impetrar tal declaratoria, se requiere que exista, al menos, una sentencia de inaplicabilidad respecto del mismo precepto legal y que la impugnación abstracta del requirente se funde en el mismo vicio que originó el reproche de constitucionalidad en aquella vía de control.

Lo anterior ha suscitado el reproche de que, tratándose de una vía de control abstracto de constitucionalidad, no tiene mayor sentido que la inconstitucionalidad deba estar precedida de una declaración de inaplicabilidad del mismo precepto, fundada en el mismo vicio, pues, la impugnación promovida en este último cauce, ha sido de naturaleza concreta. Esto, entre otras cosas, ha sido considerado una de las anomalías de diseño de esta acción [854].

Indistintamente de sus defectos regulatorios, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina jurisprudencial más o menos coherente sobre los presupuestos y alcances de esta acción. Además, por su intermedio, dicha magistratura ha expulsado del ordenamiento jurídico a un reducido número de preceptos legales, empleándose la inconstitucionalidad verdaderamente como una medida de *última ratio*. Ello ha ocurrido, especialmente, cuando no existe interpretación posible que permita conciliar los preceptos examinados con los derechos fundamentales, pues su vulneración ha configurado la mayoría de los vicios examinados en esta sede[855].

4.2.2.3. Acción de inconstitucionalidad de autos acordados (artículo 93 N° 2 de la Constitución)

Los autos acordados son "cuerpos de normas generales y abstractas dictadas generalmente por los tribunales colegiados, con el objeto de imponer medidas o impartir instrucciones dirigidas a velar por el más expedito y eficaz funcionamiento del servicio judicial"[856]. El control de autos acordados llevado a cabo por el Tribunal Constitucional puede ejercerse respecto de aquellos dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.

---

[854] COUSO SALAS, Javier y CODDOU MACMANUS, Alberto. "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente". *Estudios constitucionales*, vol. 8, N° 2, 2010, pp. 389-430.

[855] Para una recopilación jurisprudencial sobre el ejercicio de esta atribución, ver: NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012". *Revista de derecho (Valparaíso)*, vol. 39, 2012, pp. 363-394.

[856] SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 156.

En Chile, estas normas no sólo han servido para regular las materias relativas al funcionamiento externo e interno del Poder Judicial, sino que, ante el silencio del legislador procesal, han permitido a la Corte Suprema normar la tramitación de las acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales, entre otras materias de naturaleza estrictamente procedimental. La constitucionalidad de dicha normación[857] resulta, en el actual marco constitucional, a lo menos, dudosa[858], pero se ha justificado frente a notorias omisiones legislativas e, incluso, ha sido validada expresamente por el Tribunal Constitucional.[859] Así, como contrapeso a esta usual práctica de los tribunales superiores, se estatuyó, mediante la reforma constitucional de 2005, esta vía de revisión constitucional.

Concordante con sus orígenes, este mecanismo de control de normas puede ser promovido, al igual que la inaplicabilidad, por particulares que sean parte en una gestión judicial pendiente, ante tribunales ordinarios o especiales, o desde la primera actuación del proceso penal, cuando sean afectados en sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado. Asimismo, se ha conferido legitimación activa al Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional o diez de sus miembros, para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma de este tipo[860].

---

[857] La actual Constitución establece que las materias de orden "procesal" (artículo 63 Nº 3) pertenecen al dominio de la ley. Ello, se refuerza con lo dispuesto por el artículo 19 Nº 3, inciso 6º, parte 2ª, que establece: "Corresponderá al Legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos." La única excepción, en tal sentido, viene dada por la regulación de la acción constitucional de protección, entre 1976 y la entrada en vigor de la Carta de 1980, pues el inciso 2º del artículo 2º del Acta Constitucional Nº 3, consagraba una facultad expresa en tal sentido, al disponer: "La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso." Acta Constitucional N° 3. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6656 (fecha de visita: 18 de julio, 2023).

[858] El profesor Zúñiga reflexiona, en relación al Auto Acordado que regula la acción de protección que, al dictarlo, la Corte Suprema ha obrado "sustituyendo a los órganos legislativos en el ejercicio de una potestad y competencia legislativa; en la medida que pertenece al dominio legal la normación de los procedimientos o formas en las que cristaliza el proceso y a través de las cuales se encausa la potestad jurisdiccional del Estado." Ese argumento vale para todos los demás casos presentados. ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Control de Constitucionalidad de Autos Acordados". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° 1, 2010, p. 414.

[859] Conociendo de una cuestión de constitucionalidad promovida contra el Auto Acordado que regula la tramitación y fallo del recurso de protección, el Tribunal Constitucional, en un polémico fallo, reconoció la competencia del máximo tribunal para haber dictado dicha norma y "autorregularse" (considerando 14º), pues ello se incluye dentro de su "facultad de propender al mejor servicio judicial" (considerando 21º). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 1557-09. "Requerimiento por inconstitucionalidad de Isapre Cruz Blanca S.A. respecto del apartado 11º del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, de las Garantías Constitucionales dictado por la Corte Suprema, en relación al rol de ingreso Nº 765 – 2009, pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago". Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl/sentencias (fecha de visita: 06 de noviembre, 2023).

[860] Constitución Política de la República. Artículo 93, inciso 3°.

En el caso de los particulares, tal como se desprende del tenor literal del artículo 93 inciso 3° de la Constitución, el único vicio posible de invocar es la lesión de derechos fundamentales, con lo cual, el Tribunal Constitucional se erige, en estos casos, también, en un órgano de amparo indirecto. Lo anterior, puesto que, si bien la tutela de los derechos fundamentales lesionados por el auto acordado será brindada, en una importante medida, por la magistratura constitucional, será el juez que conozca de la gestión judicial pendiente o del proceso penal respectivo, quien adopte las concretas medidas de reparación o preservación de aquéllos.

4.2.2.4. La tutela general de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional

Como fluye de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional cumple una importante misión en la protección de derechos fundamentales, principalmente a través de los mecanismos de control de normas que pueden ser promovidos por particulares. Sin embargo, su rol como garante de los derechos fundamentales, es notoriamente más reducido en Chile que en otros ordenamientos.

Por una parte, lo anterior se aprecia en que, a pesar de que Chile posee mecanismos propios de la jurisdicción constitucional de la libertad y dispone de un mecanismo de amparo extraordinario, el Tribunal Constitucional se encuentra directamente excluido del conocimiento de ellos y sólo podría pronunciarse respecto de la constitucionalidad de una o más normas que pudieren ser aplicables en el marco de tales procesos. Las sentencias del Tribunal Constitucional que amparan derechos fundamentales afectados no pueden disponer las medidas concretas de preservación o restablecimiento de éstos, sino que ello atañe a los tribunales ordinarios. Por ello, dicha magistratura es, en general, su garante indirecto.

Adicionalmente, cabe observar que algunas sentencias del Tribunal Constitucional, principalmente aquellas dictadas en sede de inaplicabilidad, resultan estériles y no producen efectos prácticos. A modo de ejemplo, los órganos judiciales han resuelto que la laguna legal generada por una sentencia estimatoria de inaplicabilidad puede ser colmada por otros preceptos no afectados por tal decisión, aunque éstos

conduzcan al mismo resultado práctico que se buscaba evitar[861]. También, se han negado a revisar la legalidad de un acto dictado en ejecución de una ley posteriormente inaplicada, por considerar irretroactiva tal decisión del Tribunal Constitucional[862]. Tales fórmulas no son las únicas que han permitido a los órganos judiciales esquivar el efecto práctico de las decisiones de la magistratura constitucional[863].

Del modo anterior, queda claro que el rol del Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales es mucho más modesto en Chile que en España y otros ordenamientos. Si bien, también en otros ordenamientos la tutela del juez constitucional es indirecta, se ejerce a través del control de normas y depende de la colaboración de los órganos judiciales para materializar las medidas directas de amparo, en el caso chileno, además, requiere de la voluntad de estos últimos de conferir efectos prácticos a las decisiones de aquél. Con ello, queda sellado el rol no sólo indirecto, sino también, secundario, que exhibe el Tribunal Constitucional en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile.

4.2.3. Tercer nivel: Amparos especiales

Como se ha señalado anteriormente, en Chile existe un plexo de acciones constitucionales y legales cuyo propósito es brindar tutela directa a los derechos fundamentales. Todas ellas configuran la jurisdicción constitucional de la libertad chilena y su conocimiento se encuentra encomendado íntegramente a órganos judiciales, al igual que en el caso español.

---

[861] NÚÑEZ POBLETE, Manuel. "Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional." *Estudios constitucionales*, vol. 10, N° 1, pp. 15-64.

[862] VALENZUELA VILLALOBOS, Williams Eduardo. "La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia". *Estudios constitucionales*, vol. 17, N° 1, 2019, pp. 72-81.

[863] El caso más emblemático del último tiempo es el de las tutelas laborales impetradas por funcionarios públicos, cuyas demandas fueron acogidas por los jueces del trabajo. El Estado, recurriendo contra esas sentencias, incoó la inaplicabilidad de las normas que permitían aplicar dicho estatuto a los funcionarios públicos, pretensión en la que tuvo éxito. Sin embargo, la Corte Suprema, mediante un alambicado razonamiento jurídico, se las arregló para que, en muchos casos, los fallos del Tribunal Constitucional no surtieran efectos prácticos. Finalmente, el Congreso Nacional, a través de una ley interpretativa, zanjó el debate en favor de la postura sostenida por los órganos judiciales, desoyendo los criterios vertidos por el Tribunal Constitucional en sus fallos de inaplicabilidad. Ver más sobre este caso en: VARAS MARCHANT, Karla. "Laboralización de la función pública. Reflexiones a propósito del debate sobre la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los trabajadores públicos". *Revista de derecho (Valparaíso)*, vol. 56, 2021, pp. 185-230.

Este tercer nivel o capa de protección, se compone de una serie de procesos judiciales especiales en los que se brinda tutela a un determinado derecho fundamental (libertad personal, libre iniciativa económica o igualdad ante la ley) o bien, a un grupo de derechos en un determinado orden jurídico (laboral o tributario). Sin embargo, a diferencia de España, la decisión final que se adopte en el marco de los mismos no es revisable por el Tribunal Constitucional, pues el cuarto nivel o capa de protección se encuentra, también, radicado ante órganos judiciales y viene configurado -según se dirá más adelante- por una acción general protectora de derechos fundamentales, con un ámbito material propio y diferenciado, y cuyo objeto controlado, en principio, excluye las resoluciones jurisdiccionales.

En el mismo orden de ideas, todas las acciones ubicadas en este nivel contemplan un pronunciamiento de última o única instancia ante la Corte Suprema. Así, el hábeas corpus y la acción de amparo económico, son conocidas por una Corte de Apelaciones en primera instancia y por la Corte Suprema como tribunal de apelación. Por otro lado, la acción de reclamación de nacionalidad corresponde a la Corte Suprema en primera y única instancia, lo mismo que la declaración previa de error judicial y la acción de hábeas data cuando se invoca la seguridad nacional como fundamento de la negativa a entregar la información requerida. El resto de las acciones legales de tutela directa de derechos fundamentales corresponden al conocimiento de la Corte Suprema, actuando ésta como tribunal de casación.

Tradicionalmente, se ha dicho que la competencia para pronunciarse respecto de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, deriva de las "facultades conservadoras"[864] que ostentan los tribunales ordinarios, las que, junto con las disciplinares y económicas, constituyen las denominadas "atribuciones conexas" a la

[864] Esa es la noción clásica del Derecho Procesal chileno, en que se identifica la tutela de derechos fundamentales con una función "conservadora" de los tribunales, la cual no encuadraría en los actos de jurisdicción contenciosa, ni voluntaria y ameritaría un tratamiento especial. Ver, por todos, CASARINO VITERBO, Mariano. *Manual de Derecho Procesal.* Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 40-41. Esta concepción tradicional es criticada por autores como Bordalí, quien pone de manifiesto la necesidad de superar la tipología presentada, indicando que: "esta confusa tesis clásica del Recurso de Protección, que sostiene que no es un juicio o proceso, que no da lugar a una contienda entre partes, donde no hay contradictorio, entre otras cosas, ha contribuido la posición que sostiene que el Recurso de Protección es una manifestación de una facultad conservadora de los tribunales de justicia.
La facultad conservadora de los tribunales de justicia, entendida esta como una facultad para tutelar los derechos constitucionales, es un resabio histórico que es necesario superar cuanto antes. La tutela de un derecho por parte de un tribunal de justicia, cuando ha sido amenazado o vulnerado por otro sujeto o ente, es quizás la actividad más jurisdiccional de todas y ella siempre es una actividad contenciosa que da lugar a una contienda entre partes. Facultad jurisdiccional, no conservadora." BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)". *Revista de Derecho (Valdivia),* vol. XXVII, N° 2, 2014, p. 283.

jurisdicción. La superintendencia en todas estas áreas, según el artículo 82 de la Constitución, corresponde a la Corte Suprema, lo que coincidiría con la posición que dicho órgano ostenta en el sistema de justicia constitucional de derechos fundamentales.

Como contrapartida, el Tribunal Constitucional sólo tendrá ocasión de pronunciarse de manera incidental, si, durante el transcurso de alguno de los procesos judiciales originados por el ejercicio de estas acciones, se promueve una acción de inaplicabilidad (artículo 93 N° 6 de la Constitución) o una de inconstitucionalidad de autos acordados (artículo 93 N° 2 de la Carta) y su pronunciamiento sólo estará circunscrito a determinar la conformidad de la norma impugnada con la Constitución, sin que éste pueda adoptar medidas de amparo específicas. Así, el verdadero tribunal de tutela de derechos fundamentales será aquél que esté conociendo de cada una de estas vías procesales y, en último término, la Corte Suprema como tribunal de única o segunda instancia, o de casación.

4.2.3.1. Amparos especiales de rango legal

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, no existe mandato alguno en la Constitución chilena que obligue al legislador a estatuir vías de amparo ordinario o especial. Tales remedios han surgido de manera progresiva, a medida que el fenómeno de la constitucionalización del derecho ha ido consolidándose en el ordenamiento chileno.

En contraste con los cauces de amparo judicial existentes en España, los mecanismos legales de amparo judicial en Chile constituyen procesos sumarios, pero no todos gozan de una preferencia expresa, como sí ocurre en aquel sistema, por mandato expreso del artículo 53.2 de la Constitución española.

Asimismo, el análisis de todas acciones legales sólo viene reforzar la centralidad de la acción de protección en el sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile. Lo anterior, tanto porque la acción de protección constituye una vía paralela a todas ellas, pudiendo la persona agraviada optar libremente entre éstas y aquélla, como porque muchas de estas acciones se han modelado total o parcialmente bajo su influjo, reproduciendo total o parcialmente su estructura, sus presupuestos o las facultades que le asisten al tribunal competente.

A continuación, se presentarán sintéticamente los rasgos esenciales de cada una de estas acciones y se comentará la manera en que operan en la práctica judicial, siguiendo, para ello, un criterio cronológico, vinculado a la época de su establecimiento por vía legislativa.

4.2.3.1.1. Acción de amparo económico

Como una de las últimas obras del régimen militar, mediante la Ley 18.971, de 8 de marzo de 1990, se estatuyó la denominada "acción de amparo económico," la que nació como reforzamiento del orden público económico establecido en la Carta de 1980[865].

Dicho mecanismo se plantea como una garantía del derecho fundamental proclamado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, norma compuesta de dos incisos: el primero, que protege el desarrollo de actividades económicas lícitas y el segundo, que prohíbe al Estado actuar en materia económica, salvo que sea autorizado por una ley de quórum calificado[866].

Esta acción se encuentra regulada en el artículo único de la ley antes citada, en los siguientes términos:

"Artículo único. Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile.

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

---

[865] Al respecto, señala el profesor Navarro Beltrán, que: "Dada la importancia que tiene el orden público económico y, particularmente, las normas que se refieren a la libertad empresarial y al Estado Empresario, es que se consideró conveniente reforzar este derecho con una garantía especial: el recurso de amparo económico." NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial". *Revista de Estudios Constitucionales,* vol. 5, N° 2, 2007, p. 100.

[866] En efecto, la norma indicada es del siguiente tenor: "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado."

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado"[867].

De esta regulación, puede desprenderse que la acción de amparo económico constituye una de naturaleza popular y, a su turno, origina un proceso cuya progresión es una responsabilidad del tribunal respectivo, no de las partes.

En cuanto a sus alcances sustantivos, éstos resultan nebulosos, dado que la jurisprudencia, interpretando su parca regulación, ha expandido y contraído, por períodos, el ámbito de este remedio procesal. Así, la Corte Suprema, a lo largo del tiempo, ha afirmado alternativamente que esta acción constituye un medio de tutela subjetivo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (19 N° 21, inciso 1° de la Constitución) y, al mismo tiempo, una vía para el control de legalidad de la actuación del Estado Empresario (19 N° 21, inciso 2° de la Constitución) o bien, sólo esta última. La problemática indefinición de sus alcances, compromete la comprensión sobre la naturaleza misma de este remedio y su verdadera pertenencia al sistema chileno de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, pues sólo en la concepción más amplia, éste encuadra en dicho conjunto, no así en la visión restrictiva.

Adicionalmente, si se sigue la primera postura, esto es, que el amparo económico resguarda ambos incisos del artículo 19 N° 21, se produce una superposición de tutelas, pues el derecho contenido en esta norma se encuentra, también, íntegramente amparado por la acción constitucional de protección. Por otro lado, si se postula que este remedio sólo ampara el inciso 2° del referido artículo, la acción constitucional de protección sería el mecanismo más idóneo para impetrar la tutela subjetiva del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, mientras que el amparo económico funcionaría como un contencioso de mera legalidad para verificar que el Estado, de actuar en la economía, lo haga investido de la autorización conferida por una ley de quórum calificado y dentro de los márgenes de la misma, sin que pueda considerarse en una verdadera garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales[868].

---

[867] Ley 18.971, que establece recurso especial que indica. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30339 (fecha de visita: 09 de noviembre, 2023).

[868] Al efecto, se sugiere revisar los siguientes estudios: EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. "Acción de Amparo Económico: es acción de garantía y no herramienta para el control de legalidad de las actividades económicas". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 27, N° 1, 2000, pp. 177-188; NAVARRO BELTRÁN,

4.2.3.1.2. Hábeas data

En 1999 se dictó la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada, que estableció un régimen legal armónico para el tratamiento de datos, además de consagrar, en la legislación chilena, el derecho a la autodeterminación informativa [869]. Una de las deficiencias sustantivas de esta ley, fue el haber omitido la creación de una agencia especializada ante la cual los particulares agraviados pudieran formular sus reclamos antes de acudir a sede judicial, lo que afectó sustancialmente la efectividad de sus previsiones[870].

Por otro lado, la referida normativa incorporó tres acciones judiciales para reclamar ante la vulneración de los derechos desarrollados por ella, por parte del responsable de un banco de datos:

a) Una acción general, que aplica ante la falta de pronunciamiento del responsable del banco de datos respectivo, dentro de los dos días hábiles siguientes al requerimiento presentado por el titular de la información. Esta acción también aplica, si el banco de datos deniega el acceso a la información por una causal distinta de la seguridad de la nación o el interés nacional.
b) Una acción especial, que aplica cuando se invocan estas dos últimas causales[871];

Enrique. Ob. Cit., 2007, pp. 99-119; HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 1, 2010, pp. 443-466; ALVEAR TÉLLEZ, Julio. "La jurisprudencia del amparo económico: los tres grandes déficits de la última década". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 1, 2013, pp. 167-220; y PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. "Acción de amparo económico". En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit., pp. 97-125;

[869] Nogueira Alcalá, Humberto. "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* - Tomo II, 2005, pp. 449-471.

[870] CONTRERAS VÁSQUEZ. Ob. Cit., pp. 87-120.

[871] El artículo 16 de la Ley 19.628, que contiene la regulación de ambas acciones, establece: "Si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro de dos días hábiles, o la denegare por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo a los derechos consagrados en el artículo precedente.

El procedimiento se sujetará a las reglas siguientes:

a) La reclamación señalará claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañarse de los medios de prueba que los acrediten, en su caso.

b) El tribunal dispondrá que la reclamación sea notificada por cédula, dejada en el domicilio del responsable del banco de datos correspondiente. En igual forma se notificará la sentencia que se dicte.

c) El responsable del banco de datos deberá presentar sus descargos dentro de quinto día hábil y adjuntar los medios de prueba que acrediten los hechos en que los funda. De no disponer de ellos, expresará esta

c) Una acción residual, que aplica el procedimiento sumario civil común a casos de infracciones no previstas por los artículos 12 y 19 de la ley[872].

Los procedimientos general y residual (letras a y c) se sustancian ante el Juez de Letras en lo Civil del domicilio del demandado, mientras que el conocimiento del especial (letra b) es de competencia exclusiva de la Corte Suprema.

Con todo, estos procedimientos son escasamente utilizados, pues los conflictos suscitados por la aplicación e interpretación de estas normas han sido canalizados, en la práctica, mediante la acción constitucional de protección, que posee una tramitación más desformalizada y célere que aquéllos. Esto es posible, por vía de reconducir la argumentación jurídica hacia la vulneración de alguno de los derechos amparados por el artículo 19 Nº 4 de la Constitución, norma que resguarda "el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia y, asimismo, la protección de sus

---

circunstancia y el tribunal fijará una audiencia, para dentro de quinto día hábil, a fin de recibir la prueba ofrecida y no acompañada.

d) La sentencia definitiva se dictará dentro de tercero día de vencido el plazo a que se refiere la letra anterior, sea que se hayan o no presentado descargos. Si el tribunal decretó una audiencia de prueba, este plazo correrá una vez vencido el plazo fijado para ésta.

e) Todas las resoluciones, con excepción de la indicada en la letra f) de este inciso, se dictarán en única instancia y se notificarán por el estado diario.

f) La sentencia definitiva será apelable en ambos efectos. El recurso deberá interponerse en el término fatal de cinco días, contado desde la notificación de la parte que lo entabla, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

g) Deducida la apelación, el tribunal elevará de inmediato los autos a la Corte de Apelaciones respectiva. Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte, el Presidente ordenará dar cuenta preferente del recurso, sin esperar la comparecencia de ninguna de las partes.

h) El fallo que se pronuncie sobre la apelación no será susceptible de los recursos de casación.

En caso de que la causal invocada para denegar la solicitud del requirente fuere la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación deberá deducirse ante la Corte Suprema, la que solicitará informe de la autoridad de que se trate por la vía que considere más rápida, fijándole plazo al efecto, transcurrido el cual resolverá en cuenta la controversia. De recibirse prueba, se consignará en un cuaderno separado y reservado, que conservará ese carácter aun después de afinada la causa si por sentencia ejecutoriada se denegare la solicitud del requirente.

La sala de la Corte Suprema que conozca la reclamación conforme al inciso anterior, o la sala de la Corte de Apelaciones que conozca la apelación, tratándose del procedimiento establecido en los incisos primero y segundo, si lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible, podrá ordenar traer los autos en relación para oír a los abogados de las partes, caso en el cual la causa se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la misma sala. En las reclamaciones por las causales señaladas en el inciso precedente, el Presidente del Tribunal dispondrá que la audiencia no sea pública.

En caso de acogerse la reclamación, la misma sentencia fijará un plazo prudencial para dar cumplimiento a lo resuelto y podrá aplicar una multa de una a diez unidades tributarias mensuales, o de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales si se tratare de una infracción a lo dispuesto en los artículos 17 y 18.

La falta de entrega oportuna de la información o el retardo en efectuar la modificación, en la forma que decrete el Tribunal, serán castigados con multa de dos a cincuenta unidades tributarias mensuales y, si el responsable del banco de datos requerido fuere un organismo público, el tribunal podrá sancionar al jefe del Servicio con la suspensión de su cargo, por un lapso de cinco a quince días."

[872] Ley 19.628. Artículo 23, inciso 3°, parte 2ª. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599 (fecha de visita: 09 de noviembre, 2023).

datos personales"[873], situación que ha sido admitida, sin mayores dificultades, por la jurisprudencia de la Corte Suprema[874].

4.2.3.1.3. Cautela de garantías

Se trata de un remedio de naturaleza procesal penal, previsto en el artículo 10 del Código Procesal Penal, para los casos en que el imputado no se encuentre "en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"[875]. La competencia para conocer de este remedio recae en el Juez de Garantía, que es el órgano jurisdiccional de naturaleza tutelar del proceso penal[876].

Las medidas que pueden decretarse para el restablecimiento de los derechos del imputado son amplias y pueden ser adoptadas a petición de parte o de oficio. Si tales providencias resultaren insuficientes "para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo."[877]

A pesar de que, conforme a la historia de la ley, originalmente fue ideada con un propósito diferente[878], este cauce procesal ha permitido, dados los amplios términos en que fue formulado y en virtud de la interpretación judicial, en una vía idónea para plantear una serie de situaciones que pudieren comprometer los derechos fundamentales de los

[873] Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 4.
[874] Para un diagnóstico sobre la situación de estas vías procesales, ver, por todos: CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. Ob. Cit., pp. 112-114.
[875] Código Procesal Penal. Artículo 10.
[876] HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 402.
[877] Código Procesal Penal. Artículo 10.
[878] Como se ha señalado, el origen de esta norma estuvo vinculado al "caso de aquellas personas que, con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas de tal manera sus aptitudes que, si bien pudiera ser dudoso que queden comprendidos en la categoría de 'enajenado mental', no se presenten en cambio mayores vacilaciones para concluir que no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento (…)". No obstante, los amplios términos en que fue concebida, la hicieron apta para cualquier discusión sobre el ejercicio de los derechos del imputado, sin cerrarlo únicamente al caso imaginado por el legislador. Ver más en: LÓPEZ MASLE, Julián. "Principios y Garantías del sistema procesal penal chileno". En: HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2022, pp. 101-102.

imputados, así como también aquellos derechos que les franquea la ley procesal y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

No obstante, la notoria extensión de las hipótesis que podrían dar lugar a este instituto da lugar a una superposición de éste con los ámbitos cubiertos por las acciones constitucionales de protección y amparo (*hábeas corpus*)[879]. En tal sentido, las diferentes afectaciones de derechos fundamentales que pudieren tener lugar en el marco de un proceso penal podrían, en principio, estar cubiertas indistintamente por cualquiera de estas vías procesales. De esa forma, cautela de garantías, protección y amparo, para estos efectos, aparecen como mecanismos alternativos de tutela.

4.2.3.1.4. Amparo ante el juez de garantía

Este remedio procesal está regulado en el artículo 95 del Código Procesal Penal. La antedicha norma establece que toda persona privada de libertad debe ser conducida sin demora frente a un Juez de Garantía, con el objeto de que éste controle la legalidad de tal medida y "para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere"[880]. Asimismo, habilita al juez para adoptar las providencias que estimare necesarias, incluida la facultad de disponer la libertad del afectado, a petición de su abogado, sus parientes o cualquier persona. Por último, restringe la procedencia de este remedio para cuestionar la legalidad de la privación de libertad ordenada por una resolución judicial.

Del modo anterior, se concibe este instituto para corregir privaciones de libertad de origen extrajudicial. Asimismo, por su configuración, debe colegirse que cualquier otra forma de afectación a la libertad de menor intensidad que una privación, como ocurre con una perturbación o amenaza de tal derecho, está excluida del radio de este instituto.

Han sido escasas las hipótesis en que se ha empleado este mecanismo, principalmente, porque la audiencia del control de la detención prevista por el artículo 132 del Código Procesal Penal, cuya realización es obligatoria en el marco de todo proceso penal, cumple idéntica función[881].

---

[879] Así lo ha advertido, entre otros, el profesor Jaime Salas. Ver, al efecto: SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal: investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago: Librotecnia, 2009, pp. 82-83.

[880] Código Procesal Penal. Artículo 95.

[881] RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. "Alcances de la acción de amparo ante el Juez de Garantía". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, N° 1, 2018, p. 275.

Un sector doctrinal minoritario considera que, dado que el texto del inciso 3° de la disposición citada veda esta vía procesal para revisar la legalidad de las resoluciones judiciales que ordenan la privación de libertad, ésta sí podría deducirse para examinar las condiciones en que ella tiene lugar, a pesar de haber sido ordenada jurisdiccionalmente. No obstante, se trata de una tesis que no ha tenido, por ahora, acogida jurisprudencial[882].

Por otro lado, al igual como acontece con los remedios precedentes y, en vista de la amplitud con que operan tanto la acción constitucional de protección como la de *hábeas corpus*, y en vista de que esta última ampara también, y con mayor amplitud, el derecho a la libertad personal, es posible colegir que el amparo ante el Juez de Garantía y las acciones constitucionales antedichas funcionan como tutelas alternativas.

4.2.3.1.5. Acción antidiscriminatoria de la Ley VIH/SIDA

El artículo 1° de la ley 19.779, de 2001, declara que la "prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como la asistencia y el libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, constituyen un objetivo sanitario, cultural y social de interés nacional"[883].

Concordante con los propósitos antes transcritos, este cuerpo legal incorporó normas expresas para proscribir la discriminación en contra de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, instrumentando una acción legal, ante el Juzgado de Policía Local respectivo, para sancionar los actos de este tipo ocurridos tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en el acceso a prestaciones educacionales o de salud. Así, el artículo 9° de la Ley que estatuye este remedio procesal, castiga con una elevada multa la realización de actos discriminatorios, sin perjuicio del derecho del afectado para impetrar las indemnizaciones a que pudiera haber lugar en base a los daños ocasionados.

A pesar de las intenciones del legislador, la utilización de esta acción ha sido escasa o nula, lo que puede deberse a dos factores: en primer lugar, dado los juzgados municipales a los que les ha sido asignado el conocimiento de ésta, carecen de especialización en la materia y funcionan con relativa lentitud; y, en segundo lugar, a que

[882] Ibídem, pp. 269-270.
[883] Ley 19.779. Artículo 1°. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=192511 (fecha de visita: 08 de noviembre, 2023).

estos asuntos acaban siendo ventilados a través de la acción constitucional de protección[884], la que, también en esta materia, se erige en una tutela paralela.

4.2.3.1.6. Procedimiento de tutela laboral

La denuncia de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores fue instaurada mediante la Ley 20.087, de 2006, que reformó la judicatura del trabajo. Su propósito es servir como cauce procesal para denunciar las violaciones de derechos fundamentales acaecidas en el ámbito de las relaciones laborales o con ocasión del despido, como resultado del ejercicio desproporcionado del poder de dirección del empleador o por la adopción de medidas que afecten el contenido esencial de aquéllos.

Resulta evidente que el diseño de este mecanismo se inspiró en el amparo judicial del orden social español, aunque, como importante diferencia con éste, el procedimiento de tutela chileno no constituye uno de naturaleza residual. Así, a través de esta vía especial, pueden acumularse otras pretensiones de naturaleza ordinaria, como el pago de las indemnizaciones a que da lugar el despido o incluso, reclamarse indemnizaciones del orden civil, como las derivadas del daño moral ocasionado con ocasión del contrato de trabajo o tras su término. En tal sentido, puede observarse que este procedimiento padece de la misma patología que la acción constitucional de protección, al erigirse en una vía pretendidamente excepcional, pero que incita a su utilización desmedida. Lo anterior, principalmente, dado que la pretensión de tutela laboral puede ir asociada a pretensiones indemnizatorias especiales (indemnización del artículo 489 del Código del Trabajo o por daño moral, según el caso) que se acumulan a las ordinarias propias del orden laboral, todo lo cual genera un incentivo a su interposición en primer lugar, intentando las acciones comunes en subsidio, pues, en caso de éxito de la primera, la ventaja económica se ve notoriamente incrementada[885].

A pesar de lo anterior y como punto trascendental de esta regulación legal es que, por primera vez, un instrumento de tutela de derechos fundamentales se concibió como

[884] Sólo a modo de ejemplo, ver las siguientes sentencias de protección dictadas por la Corte Suprema: CORTE SUPREMA. Rol 122.283-2020. *Quincha con Bice Vida Compañía de Seguros*; y Rol 31.534-2018. *Robles con Ministerio de Salud.* Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 10 de noviembre, 2023).

[885] EL MERCURIO. *La acción de tutela y el despido injustificado;* 10 de julio de 2013. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902229&Path=/0D/C4/. (fecha de visita: 10 de noviembre, 2023).

incompatible con el ejercicio de la acción constitucional de protección. En efecto, el inciso final del artículo 485 del Código del Trabajo veda la posibilidad de intentar la denuncia de tutela laboral si se dedujo previamente una acción de protección basada en los mismos hechos[886]. Evidentemente, producto de la autonomía constitucional de que goza esta última, el legislador no podía limitar su procedencia, pero sí restringir la interposición de la acción legal frente a la constitucional. Esta situación, en la práctica, obliga a la persona afectada a optar entre una vía de tutela u otra, valoración que, en el terreno de los hechos, suele formularse en base a la naturaleza de los medios probatorios de que el afectado disponga para acreditar el sustrato fáctico de su demanda (el proceso de tutela laboral posee un probatorio pleno y la acción de protección, no) o bien, en el tipo de medida que busca impetrar desde la judicatura (una pretensión compensatoria es más propia del proceso de tutela laboral). Así, las acciones de tutela laboral y de protección constituyen tutelas paralelas, pero la interposición de una obliga a renunciar al ejercicio de la otra.

4.2.3.1.7. Reclamo por vulneración de derechos del contribuyente

Este medio procesal específico surgió con la reforma del año 2009, que creó los Tribunales Tributarios y Aduaneros y reguló su procedimiento[887]. Mediante los artículos 155 y siguientes del Código Tributario se incorporó un reclamo por vulneración de derechos del contribuyente[888], en cuya virtud éste puede reclamar en contra de algunos órganos de la administración tributaria, a saber, el Servicio de Impuestos Internos y el

[886] El inciso final del artículo 485 del Código del Trabajo preceptúa: "Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos."

[887] Ley 20.322; 27 de enero de 2009. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=286151. (fecha de visita: 09 de noviembre, 2023).

[888] El artículo 155 del Código Tributario, estatuye: "Si producto de un acto u omisión ilegal o arbitrario del Servicio, un particular considera vulnerados sus derechos contemplados en los numerales 21º, 22º y 24º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, podrá recurrir ante el Tribunal Tributario y Aduanero en cuya jurisdicción se haya producido tal acto u omisión ilegal o arbitrario, siempre que no se trate de aquellas materias que deban ser conocidas en conformidad a alguno de los procedimientos establecidos en el Título II o en los Párrafos 1º y 3º de este Título o en el Título IV, todos del Libro Tercero de este Código.

La acción deberá presentarse por escrito, dentro del plazo fatal de quince días hábiles contado desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o desde que se haya tenido conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos en que ella proceda, no se podrá recurrir de conformidad a las normas de este Párrafo, por los mismos hechos."

Servicio Nacional de Aduanas[889], por las lesiones de derechos reconocidos en la Constitución o en el artículo 8° bis del Código Tributario[890] que éstos pudieran haber causado.

La reglamentación legal de esta acción era, ya en sus orígenes, muy similar a la acción constitucional de protección, en la medida que establecía que la conducta denunciada debía ser un "acto u omisión" y que el tribunal podía decretar las providencias que "juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante,"[891]redacción casi idéntica a la del artículo 20 de la Constitución. Pero, como acertadamente nota la profesora SILVA GALLINATO,[892] la reforma introducida a este texto legal en el año 2017, mediante la Ley Nº 21.039, que perfeccionó la Justicia Tributaria y Aduanera[893], agregó los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad a la acción, con lo cual la semejanza de ésta con la acción de protección se tornó aún mayor.

Por último, y al igual que la denuncia de tutela laboral, esta vía procesal no puede emplearse si previamente se ha incoado una acción de protección fundada en los mismos hechos, lo que se prevé textualmente en el inciso final del precitado artículo 155 del

[889] Este aspecto resulta interesante, pues la Tesorería General de la República, que lleva a cabo el cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, no fue considerada como órgano clave en la reforma. Dicho órgano actúa como órgano jurisdiccional en la primera fase de cobro y como órgano administrativo demandante en la segunda, la que se tramita ante los juzgados civiles. Dado que la Tesorería General puede decretar medidas de apremio y embargos por sí misma, parecía conveniente sujetarla al control que proporciona esta vía procesal, lo que finalmente no se hizo. En el mismo sentido, la jurisprudencia de los Tribunales Tributarios y Aduaneros ha rechazado la posibilidad de intentar esta reclamación en contra de dicha entidad. Ver, al efecto: CUARTO TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LA REGIÓN METROPOLITANA. RIT GR-18-00072-2015. *WW con SII*; 25 de enero de 2016. Disponible en: https://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_judicial/tribunales_tributarios/2016/jj4322.htm (fecha de visita: 08 de noviembre, 2023).

[890] El artículo 8° bis del Código Tributario, establecido mediante la Ley 20.420 y perfeccionado mediante la Ley 21.210, contiene "un catálogo de derechos elementales para la correcta relación entre los contribuyentes y la administración tributaria, estableciendo además la obligación de que se exhibiera en un lugar destacado y visible en las dependencias del SII". CASAS FARÍAS, Patricio. "Modificaciones del artículo 8 bis del Código Tributario a partir de la modernización tributaria de la ley N° 21.210: ¿una nueva relación entre los contribuyentes y el servicio de impuestos internos?". *Anuario de Derecho Tributario,* vol. 12, 2020, p. 76.

[891] El artículo 156, inciso 3º, parte 2ª del mismo cuerpo legal, dispone: "El fallo contendrá todas las providencias que el Tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes."

[892] SILVA GALLINATO, María Pía. "Acción por vulneración de derechos del contribuyente". En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit., pp. 214-215

[893] La historia de la Ley no aporta mayores antecedentes al respecto. Esta enmienda aparece en el Mensaje Presidencial que dio inicio a su tramitación, sin que se expliciten pormenorizadamente las razones para la incorporación de tales presupuestos. Ver: Mensaje de la Ley Nº 21.039, que perfecciona la Justicia Tributaria y Aduanera. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6845/ (8 de noviembre de 2023).

Código Tributario. Sin perjuicio, el afectado puede optar entre una y otra vía de tutela, renunciando a la otra.

4.2.3.1.8. Acción antidiscriminatoria de la Ley de inclusión de personas con discapacidad

En el año 2010, se dictó la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. El referido cuerpo legal, en su artículo 57 y siguientes, establece una acción de estructura casi idéntica a la de protección[894]. No obstante, el empleo de dicho mecanismo en la práctica forense ha sido muy reducido[895], principalmente, por la existencia de otras dos acciones de generalizada utilización, que permiten incardinar idénticas pretensiones: la acción constitucional de protección, por un lado, y la acción antidiscriminatoria de la Ley 20.609, por otro[896].

Además, al igual que las vías procesales previstas en la Ley del VIH/SIDA, la acción antidiscriminatoria de este cuerpo legal está entregada al conocimiento de los Juzgados de Policía Local, con las consabidas objeciones.

4.2.3.1.9. Acción antidiscriminatoria de la Ley 20.609

La Ley 20.609, de 2012, que establece medidas contra la discriminación, tal como lo indica su artículo 1°, buscó "instaurar un mecanismo judicial mecanismo judicial que

[894] El artículo 57 de la Ley 20.422, prescribe: "Sin perjuicio de las normas administrativas y penales, toda persona que por causa de una acción u omisión arbitraria o ilegal sufra amenaza, perturbación o privación en el ejercicio de los derechos consagrados en esta ley, podrá concurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, ante el juez de policía local competente de su domicilio para que adopte las providencias necesarias para asegurar y restablecer el derecho afectado." Ley 20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad; 10 de febrero de 2010. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idLey=20422. (fecha de visita: 10 de noviembre, 2023).

[895] De hecho, hasta la fecha, este investigador sólo tiene noticia de una sentencia dictada en ejercicio de esta acción, la cual fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Talca. Ver, al efecto: CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol 50-2019 Policía Local. *Juan Alejandro Sanhueza Gutiérrez con Supermercado Líder Hipermercado Talca Ltda.* La causa se elevó igualmente a la Corte Suprema, pero ésta declaró inadmisible el recurso de casación en el fondo intentado, por resultar improcedente en procesos de esta naturaleza. (CORTE SUPREMA. Rol 41152-2019).

[896] En efecto, analizada la jurisprudencia de dicha acción, desde su entrada en vigor hasta 2017, el grupo que más la dedujo fue el de las personas con discapacidad (26%), que sobrepasan, por más del doble, al segundo grupo vulnerable que accionó en mayor medida, que son las personas con alguna condición de salud o que padecen alguna enfermedad (12%). Lo anterior llama, igualmente, la atención del autor de ese estudio, quien también repara en la no utilización por dichos demandantes de la acción contemplada en el artículo 57 de la Ley 20.422. Ver más en: DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. "Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la Ley Zamudio". *Actualidad Jurídica*, vol. 38, 2018, pp. 21-22.

permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria"[897]. A pesar de ello, el alcance de esta ley es bastante más amplio, aunque no por ello se trata de una norma que desarrolle acabada y sistemáticamente el derecho a la igualdad[898].

El instrumento de tutela incorporado por dicho cuerpo normativo, puede definirse como "una acción amplia, cuyo objeto es proteger el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de toda persona, contra perturbaciones, privaciones o amenazas producidas por algún acto u omisión que se traduzcan, especialmente, en una distinción, exclusión o restricción que carezca de una justificación razonable. Como toda acción jurisdiccional, su consagración entrega a las personas la facultad de acudir a los Tribunales, solicitando una tutela reactiva ante casos en que se ha lesionado el derecho a no ser discriminado arbitrariamente -o preventiva, cuando el derecho se ve amenazado-, dando con ello origen a un procedimiento judicial cuyas reglas se encuentran establecidas en los artículos 3° y siguientes de la Ley N°20.609"[899].

La aprobación de esta ley constituyó un notorio avance para la sociedad chilena, lo que se ha traducido en su manifiesta trascendencia cultural, la que, empero, contrasta ostensiblemente con su menguada eficacia práctica. Esto último, porque el proceso judicial que prevé, entre otros problemas, carece de reglas probatorias especiales, suscitando la aplicación supletoria de las normas generales de los litigios civiles, situación que ha redundado en una copiosa tasa de demandas desestimadas por no haberse logrado acreditar los hechos discriminatorios denunciados[900].

Por otra parte, la acción antidiscriminación de esta ley se vincula estrechamente con la acción constitucional de protección, al menos de tres maneras: primero, dado que ambas proceden frente a la vulneración o amenaza del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución vigente, constituyendo tutelas paralelas o alternativas; segundo, ya que las facultades del tribunal competente para conocer de la acción antidiscriminatoria se describen bajo la misma fórmula que las de las Cortes en

[897] Ley 20.609, establece medidas contra la discriminación; 24 de julio de 2012. Artículo 1°. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092&idVersion=Diferido (fecha de visita: 10 de noviembre, 2023).
[898] CODDOU MACMANUS, Alberto; SCHÖNSTEINER, Judith; VIAL SOLAR, Tomás. La Ley Antidiscriminación en Chile: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile. En VIAL SOLAR, Tomás (coord.) *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 291-293.
[899] JENKINS PEÑA Y LILLO, Gaspar. "La Acción de No Discriminación Arbitraria a la Luz de la Tutela Judicial Efectiva". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 18, N° 1, 2020, pp. 212-213
[900] Ibídem, pp. 240-246.

sede de protección, al disponerse que, además de otras providencias específicas, el juez podrá "también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado"[901]; y, tercero, porque el artículo 6º de la Ley 20.609 establece la inadmisibilidad de la demanda, entre otras hipótesis, cuando "se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido", ocurriendo lo mismo si se dedujo una denuncia de tutela laboral[902].

4.2.3.2. Amparos especiales de rango constitucional

La Constitución chilena contiene cuatro acciones constitucionales para la tutela directa de los derechos fundamentales: la de *hábeas corpus* o amparo, la declaración previa de error judicial, la de reclamación de nacionalidad y la de protección. De ellas, sólo las primeras tres originan procesos especiales-particulares, pues su ámbito se circunscribe a la tutela de un determinado derecho fundamental: la libertad personal, en el caso del *hábeas corpus* y de la declaración previa de error judicial, y la nacionalidad, en la acción constitucional de reclamación de la misma.

Las tres acciones antedichas poseen presupuestos procesales propios y tramitaciones diferenciadas. No obstante, comparten dos rasgos comunes: por un lado, están todas encomendadas al conocimiento de los tribunales superiores de justicia, sean las Cortes de Apelaciones y/o la Corte Suprema y, por otro, ninguna de ellas cuenta con un procedimiento legalmente regulado, por lo que su tramitación se encuentra normada

[901] Ley 20.609. Artículo 12, inciso 1º.
[902] Ley 20.609. Artículo 6º, letra a).

en autos acordados dictados por la Corte Suprema[903], lo que constituye una situación jurídicamente irregular, pero normalizada en Chile, según se dijera anteriormente[904].

Por último, debe tenerse presente la certera observación de RUIZ-TAGLE, en torno a que las acciones constitucionales del ordenamiento chileno exhiben problemas de diseño y praxis "que muchas veces no permiten al ciudadano común entender las formas en que puede ejercer la garantía de sus derechos"[905].

4.2.3.2.1. Acción constitucional de *hábeas corpus* o amparo

Este instituto se remonta, según expone RÍOS, a la Carta de 1833[906] y puede conceptualizarse, en palabras de NOGUEIRA, como una "acción constitucional en un procedimiento de carácter preferente, especial, breve y sumario e informal, que protege específicamente la libertad personal y la seguridad individual"[907]. Su regulación está contenida en el artículo 21 de la Constitución y en un auto acordado del año 1932. Antiguamente, el Código de Procedimiento Penal establecía sus reglas procesales, pero con su derogación y reemplazo por el Código Procesal Penal, cuerpo legal que guarda silencio sobre este asunto, se ha producido un vacío legal que ha sido colmado, por vía interpretativa, por la Corte Suprema[908].

---

[903] El *hábeas corpus* se encuentra normado a través de: Auto Acordado S/N. *Auto Acordado de la Corte Suprema, de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del recurso de amparo*; 19 de diciembre de 1932. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1031127. A su turno, la tramitación de la acción constitucional de declaración previa de error judicial está normada en: Auto Acordado S/N. *Auto Acordado que reglamenta el procedimiento para obtener la declaración previa al ejercicio de la acción indemnizatoria que concede la letra i) del N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica*; 24 de mayo de 1996. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=34. Por último, la acción constitucional de reclamación de la nacionalidad está reglamentada en: Auto Acordado S/N. *Auto Acordado de la Corte Suprema, 26 de enero de 1976*; 31 de enero de 1976. Disponible en: https://nuevo.leychile.cl/servicios/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombrearchivo=Auto-Acordado-S/N_31-ENE-1976&exportar_con_notas_bcn=False&exportar_con_notas_originales=False&exportar_con_notas_al_pie=False&hddResultadoExportar=1052801.1976-01-31.0.0%23 (fecha de visitas: 11 de noviembre, 2023).

[904] Ver, al efecto, las reflexiones formuladas en el apartado 4.2.2.3. de este trabajo, denominado "Acción de inconstitucionalidad de autos acordados (93 N° 2 de la Constitución)".

[905] RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. "Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: igualdad y derechos sociales y económicos en Chile". *Derecho y Humanidades*, vol. 15, 2009, p. 33.

[906] RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. "Delimitación del recurso de protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales". En: NOGUEIRA. Ob. Cit., 2000, p. 130.

[907] NOGUEIRA. Ob. Cit., 1998, p. 203

[908] El Auto acordado de 1932 reitera gran parte de las reglas legales sobre la tramitación del *hábeas corpus* que estaban contenidas en el antiguo Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, en el referido auto acordado no se establece un término para que el recurrido evacue su informe, ni el plazo para apelar la sentencia definitiva de primera instancia. Sobre el primer asunto, las Cortes de Apelaciones, como práctica,

A pesar de estar definido como una acción, la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos ha aceptado que pueda deducirse el *hábeas corpus* en contra de resoluciones judiciales que conculquen o amenacen la libertad personal o la seguridad individual, con lo cual puede decirse que, en tales casos, este expediente se comporta como un recurso[909].

A pesar del antiguo origen del *hábeas corpus*, su fisonomía se ha mantenido muy similar en todas las Cartas chilenas[910]. La Constitución de 1980 no es la excepción, pues mantuvo su configuración tradicional, pero amplió sus hipótesis de procedencia y expandió notablemente su radio de acción, dotando a las Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y a la Corte Suprema, por vía de apelación, de importantes facultades para el resguardo de los derechos fundamentales amparados[911]. Esta estructura se mantuvo inalterada, asimismo, en los fallidos proyectos constitucionales chilenos de 2022 y 2023, los cuales se limitaron a transliterar el artículo 21 de la Constitución actual[912].

siguen fijando un plazo de 24 horas, salvo que se trate de un asunto de mayor complejidad y/o menor urgencia. En relación al segundo punto, un fallo de la Corte Suprema, dictado en el marco de un recurso de hecho en contra de una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que denegó la apelación de un recurso de amparo por extemporánea, estableció, como directriz interpretativa, la aplicación del plazo de apelación general del Código Procesal Penal, a saber, 5 días desde la notificación de la resolución recurrida. Ver, al efecto: CORTE SUPREMA. Rol 9770-2015, *Guillermo González Betancourt*; 8 de septiembre de 2015. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).

[909] Ver, por todos: CORTE SUPREMA. Rol 6720-2010. *David Baeza Rami contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción, Sra. María Leonor Sanhueza, Sra. Sara Herrera Merino y el abogado integrante don Hugo Tapia Elorza;* 10 de septiembre de 2010. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).

[910] ALDUNATE. Ob. Cit., 2007, pp. 22-25.

[911] Además de cambiar la expresión "procesado" por "arrestado" y fijar facultades amplias para el tribunal competente, la innovación más notoria que hizo la Carta de 1980, en relación a las Cartas de 1833 y 1925, fue incorporar el inciso 3º del artículo 21, que extiende los contornos del hábeas corpus, en los siguientes términos: El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera 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." Ibídem, pp. 24-25.

[912] El artículo 120 del proyecto constitucional de 2022 mantenía, en términos casi exactos, la regulación del *hábeas corpus* que exhibe la Constitución de 1980. Por su parte, el artículo 27 de la propuesta constitucional de 2023 introdujo algunas modificaciones menores, haciendo menciones expresas a la ejecución de las penas, a la impugnabilidad de las medidas cautelares vía *hábeas corpus* y a la regulación por ley de su procedimiento, sin innovar en lo medular de dicha acción, conservando la estructura y caracteres que presenta en la Constitución en vigor. Ver, al efecto: Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022. Artículo 120. Disponible en: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf.; Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2023. Artículo 27. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf (fecha de visitas: 12 de noviembre, 2023).

Asimismo, es posible observar que, tal como puntualiza la profesora MIRIAM HENRÍQUEZ, el *hábeas corpus* ha experimentado una reorientación de su funcionalidad en los últimos años, erigiéndose en un mecanismo de tutela para nuevos grupos vulnerables, como los migrantes[913] o las comunidades de pueblos originarios y, también, frente a nuevas hipótesis lesivas, como actuaciones intrusivas no autorizadas durante investigaciones criminales, la imposición de medidas cautelares desproporcionadas en los procesos penales o situaciones de hecho, como las amenazas proferidas por redes sociales contra una persona[914]. A este cuadro debe sumarse la incorporación, en el año 2000, del amparo ante el Juez de Garantía[915], figura de rango legal a la que ya nos hemos referido y que ha colonizado parte del espacio que históricamente ocupó el *hábeas corpus* constitucional[916].

Finalmente, el *nomen iuris* que la práctica forense chilena ha dado a este instituto (recurso de amparo) es resultado de una sinécdoque, fruto de su antigüedad. Dado que se trataba del único mecanismo de amparo existente en Chile hasta bien entrado el siglo XX, no es extraño que haya empleado tal denominación genérica para designarle. Este fenómeno lingüístico se inscribe en una tendencia que fue común, por largo tiempo, en distintos países de América Latina[917].

---

913 HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. "El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes". *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, vol. 1, 2018, pp. 1-18; y HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. "El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)". *Ius et Praxis*, vol. 20, N° 1, 2015, pp. 365 – 376.

914 HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. "¿Hacia una ampliación del hábeas corpus por la Corte Suprema?". *Revista De Derecho (Coquimbo)*, vol. 20, N° 2, 2015, pp. 421-437.

915 El artículo 95 del Código Procesal Penal, dispone: "Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República."

916 Este fenómeno ha sido objeto de análisis en varios trabajos, entre los cuales destaca: VARAS ALFONSO, Paulino. "El recurso o acción constitucional de amparo y el recurso o acción legal de amparo en el Código Procesal Penal". *Revista de Derecho Público*, vol. 63, 2001, pp. 402-427.

917 FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. "El amparo iberoamericano". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 2, 2006, p. 48

4.2.3.2.2. Acción declarativa previa para la indemnización por error judicial

El segundo mecanismo creado en la historia constitucional chilena y que la doctrina suele incluir dentro del plexo de acciones constitucionales tutelares de derechos fundamentales es la denominada "acción de indemnización por error judicial"[918], contenida en el artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución. Este instituto procesal, a pesar de su nombre, no es propiamente una acción reparatoria sino una para impetrar una declaración previa de error judicial cometido en sede penal, la cual, a la postre, permite al afectado por dicho yerro demandar, ante el tribunal civil competente, el resarcimiento de los perjuicios que se le hayan causado.

Ésta fue incorporada en la tradición chilena por la Carta de 1925, en cuyo artículo 20[919] se preveía la reparación en términos bastante amplios, según subrayan DUCE y VILLARROEL[920], pero sin llegar a concretarse en la práctica, ante la falta de una ley que la operativizara. Con la finalidad de corregir dicha disfuncionalidad, la Carta de 1980 estableció "una cláusula 'autosuficiente'" [921], que opera aún a falta de ley que la desarrolle[922].

Bajo el imperio de la actual Carta, esta declaración sólo puede impetrarse con posterioridad a la absolución o sobreseimiento definitivo -decisiones propias de una causa criminal- por quien hubiere sido "condenado" o "sometido a proceso" mediante una resolución que la Corte Suprema declare "injustificadamente errónea o arbitraria", con la finalidad de que el Estado le resarza de los perjuicios patrimoniales y morales sufridos. De esta forma, en la Carta de 1980, la institución se contrajo normativa y

[918] Ver, por ejemplo, GARCÍA BARZELATTO, Ana María. "Indemnización por Error Judicial". En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit., pp. 77-95.
[919] Dicho precepto estatuía: "Todo individuo a favor de quien se dictare una sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente". Constitución Política de la República de 1925. Artículo 20.
[920] DUCE, Mauricio y VILLARROEL, Romina. "Indemnización por error judicial: una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017". *Revista Política Criminal*, vol. 14, N° 28, p. 220.
[921] Ibídem.
[922] Tal como se dijo antes, esta materia está regulada a través del Auto acordado dictado por la Corte Suprema en 1996.

jurisprudencialmente, hasta el punto de tornar muy excepcional la reparación efectiva de los daños causados por el Estado Juez[923].

Indistintamente de su configuración, y siguiendo la tipología de FIX-ZAMUDIO, este instituto no constituye un medio procesal específico de tutela de derechos fundamentales, sino más bien un instrumento complementario, en la medida que su finalidad precisa no consiste tanto en asegurar la libertad personal y la seguridad individual como en sancionar su violación una vez consumada[924].

4.2.3.2.3. Acción de reclamación de la nacionalidad

Según se dijo anteriormente, este mecanismo de tutela se estatuyó en 1957, mediante la Ley Nº 12.548, que reformó la Constitución de 1925 y que, entre otras modificaciones, incorporó una reclamación de la nacionalidad que podía interponerse directamente ante la Corte Suprema[925].

La Constitución de 1980, en su artículo 12, mantuvo el mecanismo, en términos generales, pero ampliando su plazo de interposición a treinta días y expandiendo su procedencia contra cualquier "acto o resolución de la autoridad administrativa"[926] que prive o desconozca la nacionalidad chilena a una persona[927]. Producto de su propia especificidad, esta acción ha tenido una limitada utilización práctica.

La Constitución de 1980, siguiendo la tendencia de sus predecesoras de 1833 y 1925, no confiere expresamente a la nacionalidad el tratamiento de un derecho fundamental, ni la trata en el capítulo respectivo. No obstante, existe acuerdo en la

---

923 Ver, por todos: ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Acción de indemnización por error judicial. Reforma Constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia". *Revista de Estudios Constitucionales* vol. 6, N° 2, 2008, pp. 15-41

924 FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 1983, pp. 46-47.

925 Dicha reforma constitucional modificó el artículo 6º, Nº2 de la Constitución de 1925, que se refería a la pérdida de la nacionalidad por cancelación de la carta de nacionalización, estableciendo que de dicho acto "podrá reclamarse dentro del plazo de diez días ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado. La interposición de este recurso suspenderá los efectos de la cancelación de la carta de nacionalización." Ley N° 12.548, modifica el número 3° del artículo 5° y los números 1° y 2° del artículo 6° y agrega inciso final al mismo artículo de la Constitución Política del Estado; 30 de septiembre de 1957. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=27164 (fecha de visita: 13 de noviembre, 2023).

926 El artículo 12 de la Constitución de 1980, establece: "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."

927 Para un interesante análisis de esta acción, en su arista de contencioso-administrativo especial, ver: SILVA IRARRÁZAVAL, Luis. *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: Legal Publishing, 2009, pp. 113-123.

doctrina de que la nacionalidad sí tiene tal calidad[928], lo cual justifica enumerar su acción protectora entre los medios procesales especiales de rango constitucional del derecho chileno.

En los escasos fallos pronunciados producto su ejercicio, se echa en falta una aproximación a la nacionalidad con base en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[929], normativa que da a tal derecho un tratamiento de esa naturaleza, a diferencia de la regulación interna.

Por otro lado, se ha observado que, en cuanto a sus resultados, esta acción tiene altas tasas de éxito para quienes la intentan. A pesar de ello, se critica que la Corte Suprema, para arribar a las soluciones que le permiten garantizar la nacionalidad de los recurrentes, suele recurrir a criterios marcadamente legalistas y formalistas[930].

4.2.4. Cuarto nivel: la acción constitucional de protección como amparo general y extraordinario de los derechos fundamentales

Este fue el último medio procesal específico de rango constitucional que se incorporó al derecho chileno. Al día de hoy, se trata del remedio más importante, tanto por sus alcances como por su masiva utilización.

La acción constitucional de protección no sólo ostenta una posición central en el contexto de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, sino también en el ordenamiento jurídico chileno, en general. Lo anterior, por una parte, en vista de que otras acciones, cuyo propósito directo no es resguardar derechos fundamentales, también han sido estructuradas a su semejanza[931] y, por otra, dado que se trata de la acción más

[928] Ver, por todos: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. "La Nacionalidad en la Constitución". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, N° 2, 2001, p. 76.
[929] GODOY ARAYA, Rodrigo. "Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 10, 2014, pp. 144-147.
[930] SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2009, p. 123.
[931] Así, por ejemplo, la Ley Nº 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, incorpora una acción de reclamación, a cargo del Tribunal de la Contratación Pública, que tiene, conforme al inciso 1º de su artículo 24, la siguiente estructura: "El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley." Por su parte, el artículo 26, inciso 1º, agrega: "En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho." Ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios; 30 de julio de 2003. Artículo 24. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=213004 (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).

utilizada en el derecho chileno[932] y la materia sobre la que más se ocupa la Corte Suprema[933].

La centralidad de la acción de protección podría conducir a pensar equivocadamente que las situaciones de vulneración de derechos fundamentales son una constante en la realidad jurídica chilena y que la sobrecarga de la jurisdicción constitucional de este país estaría vinculada a una verdadera crisis, en la que los tribunales estarían constantemente remediando situaciones de abuso. No obstante, es posible adelantar que no es tal el escenario y que la sobreutilización de este cauce procesal está más vinculado a problemas en su configuración procesal, que permiten emplearlo con tanta facilidad y regularidad que, en lugar de utilizar los cauces ordinarios, los litigantes pueden y, por tanto, prefieren, recurrir a esta vía procesal antes que a cualquier otra. Así, el problema de la acción constitucional de protección está más vinculada a la existencia de múltiples incentivos para su interposición que a un escenario de generalizada lesión de los derechos fundamentales.

Originalmente, la acción constitucional de protección se ideó como una extensión del *hábeas corpus*, con la finalidad de tutelar jurisdiccionalmente otros derechos individuales, misma tradición en que se inscriben otros mecanismos de amparo de América Latina, que también surgieron de ese modo[934].

La acción constitucional de protección puede conceptualizarse, siguiendo a CAZOR, como una "acción constitucional directa y extraordinaria que, generando un proceso autónomo y sumario, pone en movimiento las facultades jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia, con la finalidad de amparar, oportuna y efectivamente,

---

[932] Como señala el profesor Bordalí: "En asuntos no penales, y donde no se persiga una indemnización de perjuicios, los ciudadanos chilenos recurren a la protección antes que a los procesos ordinarios de la judicatura ordinaria. Es el gran contencioso chileno, en materias constitucionales, civiles y administrativas." BORDALÍ SALAMANCA. Ob. Cit., 2011, p. 57.

[933] En el período 2010-2017, el 75% de las materias que ingresó a conocimiento de la Corte Suprema correspondió a apelaciones de sentencias de protección. Lo anterior, sin perjuicio de que un alto número de esas causas corresponden a protecciones deducidas en contra de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) por alzas unilaterales en los precios de los planes y en materia de Garantías Explícitas en Salud (GES) las que lideran, por mucho, el número de ingresos al Máximo Tribunal. Para mayores detalles, consultar las estadísticas disponibles en la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, en el siguiente estudio: DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA. "Comportamiento de Ingresos y Términos en la Corte Suprema. Periodo 2010-2017", 2018. Disponible en: https://direcciondeestudios.pjud.cl/infografia-de-comportamiento-de-ingresos-y-terminos-2010-2017-en-corte-suprema (fecha de visita: 8 de julio, 2021). En base a información solicitada por este investigador, a través del Portal de Transparencia del Poder Judicial y remitida por esta institución en respuesta, pudo constatarse que la cifra de apelaciones de sentencias de protección que llegaron al máximo tribunal se elevó ostensiblemente en 2020 y correspondió al 92,28% de los asuntos sobre los que éste se pronunció en dicho año.

[934] Ver más en FERRER MAC-GREGOR. Ob. Cit., 2006, pp. 47-50.

los derechos constitucionales que garantiza la Carta Fundamental, restableciendo el imperio de la juridicidad constitucional, frente a las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias provenientes de la autoridad o de particulares, que produzcan una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por esta vía"[935].

Tal como se desprende de la definición antes transcrita, la acción constitucional de protección es considerada el mecanismo de amparo extraordinario de derechos fundamentales del ordenamiento chileno. Su carácter extraordinario derivaría de que, para su procedencia, deben concurrir copulativamente una serie de requisitos previstos por el artículo 20 de la Constitución, a saber: 1) la existencia de un acto u omisión, 2) que éste sea ilegal o arbitrario, 3) y que cause privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos fundamentales enumerados en dicha norma. En base a lo anterior, puede afirmarse que existe una equivalencia funcional entre la acción constitucional de protección y el recurso de amparo constitucional, pues, a pesar de sus diferencias estructurales, ambos constituyen los mecanismos de amparo extraordinario en sus respectivos ordenamientos.

Por otro lado, como se evidenció al analizar los amparos especiales de rango legal, muchos de éstos fueron configurados siguiendo el molde de la acción constitucional de protección. Asimismo, otras acciones, cuyo propósito directo no es resguardar derechos fundamentales, también han sido estructuradas a su semejanza[936]. Todo ello, da cuenta del rol protagónico que juega este instituto en el derecho chileno.

4.2.4.1. Elementos configuradores de la acción constitucional de protección

En los apartados que siguen, se formulará el análisis de los elementos esenciales de la acción constitucional de protección. Al abordarlos, se pondrá especialmente énfasis en aquellos elementos de su configuración actual que dan pábulo a su utilización desmedida y que han permitido convertir a la jurisdicción constitucional de la libertad

[935] CAZOR ALISTE, Kamel. "La acción de protección: ¿técnica de solución de antinomias de derechos fundamentales?". *Revista de Derecho (Coquimbo),* vol. 16, N° 2, 2009, p. 251.
[936] Como ocurre con la precitada acción de reclamación, entregada al conocimiento del Tribunal de la Contratación Pública.

chilena en todo lo contrario al "bien escaso" que, siguiendo a WAHL y WIELAND, ésta debería ser[937].

4.2.4.1.1. Especificidad procedimental de la acción constitucional de protección

El procedimiento a que da lugar la acción constitucional de protección carece de regulación legal[938] y está, en cambio, normado en un auto acordado dictado por la Corte Suprema[939]. A los principales hitos que dan forma a ese procedimiento, se dedicará el subapartado siguiente.

Por otro lado, en base a lo establecido en la Constitución y el auto acordado respectivo, la doctrina constitucional chilena ha caracterizado al proceso originado por la acción constitucional de protección como uno de naturaleza sumaria, cautelar y autónoma. Tales rasgos serán, también, objeto de reflexión bajo un acápite de este título.

4.2.4.1.1.1. Tramitación procesal de la acción constitucional de protección

El auto acordado que regula la tramitación de la acción constitucional de protección establece un rito procesal de naturaleza célere, que puede dividirse en tres fases: un juicio de admisibilidad, un examen de fondo y una etapa recursiva (esta última, de ocurrencia eventual).

En primer lugar, el juicio de admisibilidad se realiza una vez presentada la acción y busca analizar que, por un lado, ésta haya sido interpuesta dentro del plazo de treinta días, contados desde que ocurrió el acto u omisión que la origina o desde que se tuvo conocimiento de éste y, por otro, que se mencionen hechos que puedan constituir la vulneración de derechos fundamentales enumerados en el artículo 20 de la

[937] WAHL y WIELAND. Ob. Cit., p. 35.
[938] Entre las escasas normas legales de orden procesal que se refieren a ella se encuentran los artículos 63 N° 2 letra b) y 98 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, que constituyen sus reglas de competencia absoluta, así como los artículos 155 del Código Tributario, 485 del Código del Trabajo y 6° letra a) de la Ley 20.609, que establecen la incompatibilidad de las vías procesales que regulan dichos cuerpos normativos con el ejercicio previo de dicha acción constitucional.
[939] Auto Acordado S/N. Acta 94-2015 que establece el texto refundido del Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales; 28 de agosto de 2015. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916 (fecha de visita: 10 de enero, 2022).

Constitución[940]. En caso de que la sala de la Corte de Apelaciones que efectúe esta verificación, estime que no concurre alguno de estos requisitos, declarará inadmisible la acción, resolución que puede ser objeto de los recursos de reposición y apelación subsidiaria[941]. Por el contrario, si se cumplen tales requisitos, la acción será considerada admisible y continuará su tramitación.

El referido examen es uno de naturaleza esencialmente provisoria, pues si, durante la tramitación subsecuente, aparece que la acción deducida y declarada admisible, en realidad carecía de uno de los requisitos para ello, ésta puede ser inadmitida, con posterioridad, en la sentencia definitiva[942]. Asimismo, este juicio de admisibilidad ha sido objeto de reformas, con el objeto de evitar la alta tasa de resoluciones que, en décadas pasadas, denegaban liminarmente la acción en base a razones formalistas[943].

Por su parte, el examen de fondo comienza con la petición de informe a la persona o autoridad que, según el actor o a juicio del tribunal, pudo ser el autor del acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales, requiriéndole que, adicionalmente, ponga a disposición de la Corte de Apelaciones que está conociendo del asunto, todos los antecedentes que obren en su poder respecto de la situación fáctica denunciada. Para la emisión de dicho informe, se fija un plazo breve y perentorio, vencido el cual, se haya evacuado o no, el tribunal mandará traer los autos en relación y fijará el asunto en la tabla de causas de que conocerá al día subsiguiente[944]. Si las partes están representadas por abogados, éstos pueden concurrir a alegar en dicha audiencia.

Por otro lado, a lo largo de la tramitación, la Corte podrá decretar las diligencias que estime necesarias para un mejor acierto del fallo[945]. A su turno, la sentencia definitiva, basada en los antecedentes aportados por las partes y los recabados por aquélla, deberá ser expedida dentro de los cinco días hábiles siguientes a que el asunto se encuentre en estado de ser resuelto. Lo anterior, salvo que la materia ventilada diga relación con los derechos a la vida e integridad física y psíquica, juez natural, libertad de expresión,

[940] Acta 94-2015. Artículo 2°, inciso 2°.
[941] Ibídem.
[942] Esta posibilidad se asila en lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 5° del Acta 94-2015. Ello se introdujo mediante reforma practicada al Auto Acordado original, del año 1992, por el Auto Acordado de la Corte Suprema dictado el 4 de mayo de 1998.
[943] NOGUEIRA. Ob. Cit., 2007, p. 106.
[944] Acta 94-2015. Artículos 3°, inciso 4° y 9°.
[945] Ibídem. Artículo 5°, para el caso de la Corte de Apelaciones y artículo 8°, en relación a la Corte Suprema.

opinión o información o con el derecho de reunión, casos en los cuales, la sentencia definitiva deberá dictarse dentro de segundo día hábil[946].

Por último, en contra de la sentencia definitiva procede el recurso de apelación, arbitrio cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema y que debe ser interpuesto dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia definitiva. El máximo tribunal, por regla general, conocerá de esta apelación en cuenta.

4.2.4.1.1.2. Proceso sumario, de naturaleza cautelar

Caracterizando la tramitación antes descrita, la doctrina constitucional chilena suele señalar que su especificidad viene dada por tratarse de un proceso sumario, de naturaleza cautelar.

El carácter sumario equivale a afirmar que la tramitación de la acción constitucional de protección da origen a un proceso rápido o célere, lo que se compadece con el simplificado rito que se estatuye en el auto acordado respectivo. Dicho rasgo es, en principio, un punto en común con el derecho español, en que los amparos judiciales encarnan el "procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad" a que se refiere el artículo 53.2 de su Constitución. Lo anterior, sin perjuicio de la discusión que se suscitara en el derecho español, en su oportunidad, respecto del significado de tal la sumariedad[947].

Por otra parte, se suele afirmar que el proceso de protección posee una naturaleza cautelar. En efecto, la mayoría de la doctrina nacional[948] y, también, la jurisprudencia

[946] Ibídem. Artículo 10°.

[947] Ver acápite 3.2.3.1. de este mismo trabajo, denominado "El procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, establecido en el artículo 53.2 de la Constitución española".

[948] Sólo a modo de ejemplo, están contestes en la naturaleza "cautelar" del proceso que genera la acción constitucional de protección: VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional*, Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile, 1994, p.334; ZÚÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso. *Acciones constitucionales*. Santiago: Lexis Nexis, 2003, pp. 42-43; CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional chileno, Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2004, p. 643; NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "35 años del Recurso de Protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa". *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2, 2012, pp. 617-618, 621-622 y 636; HENRÍQUEZ VIÑAS. Ob. Cit., 2018, p. 15; ALDUNATE. Ob. Cit., 2009, pp. 362-363; y LETURIA INFANTE, Francisco. "Las

invariable de los tribunales superiores[949] le asigna tal característica, lo que se basaría en su carácter de "tutela de urgencia"[950], en la que, al no haber plenitud de conocimiento, el efecto de la sentencia que se dicte sólo puede provocar un efecto de cosa juzgada formal[951]. Este aserto, sin embargo, ha sido refutado por autores que, analizando la protección desde una perspectiva técnico-procesal, han concluido que dicha caracterización resulta profundamente errónea, pues el proceso que se genera con su ejercicio no posee las características propias de las tutelas cautelares[952]. Este debate, que pareciera revestir un interés solamente teórico, tiene, en el terreno de los hechos, importantes implicancias prácticas, las que se abordarán más adelante.

4.2.4.1.1.3. Proceso autónomo

El proceso de protección es autónomo, carácter que surge del artículo 20 de la Constitución. En la parte pertinente, dicho precepto estatuye que la interposición de esta acción por el afectado, se entiende "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes"[953]. Es decir, que la existencia de otras vías jurídicas para canalizar el mismo asunto, en nada impide deducir esta acción constitucional y, en sentido contrario, el formular esta acción constitucional en nada obsta a emplear, con posterioridad, otras acciones que el ordenamiento franquee al afectado, en relación al mismo asunto, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley.

---

acciones cautelares y el recurso de protección ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales". *Estudios Constitucionales*, vol. 16, N° 1, 2018, p. 232.

[949] Ver, solo a modo ejemplar, las siguientes sentencias: Corte SUPREMA. Rol 27750-2019. *Instituto de Investigación Pesquera Octava Región S.A. con Subsecretaría de Pesca y Acuicultura*; 03 de agosto de 2020, considerando 3º. CORTE SUPREMA. Rol 17447-2016, *Raquel Edith Vargas Morales, Presidenta Junta de Vecinos 28 de abril; Violeta de Lourdes Ríos Muñoz, delegada Molino 1 y otros con Alcalde de Puerto Montt, don Gervoy Paredes Rojas;* 14 de junio de 2016, considerando 1º.; CORTE SUPREMA, Rol 16634-2014, *George Winston Rivers Matamala y otros con Inversiones Estancilla S.A*; 17 de diciembre de 2014, considerando 1º; y CORTE SUPREMA. Rol 26449-2018. *Sindicato de Empresas Paris Administradora Norte Limitada, Establecimiento Valparaíso con Peñaloza*; 02 de enero de 2019, considerando 2º. Disponibles en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 6 de abril, 2022).

[950] BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "El recurso de protección como proceso de urgencia". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2, 2003, pp. 269-288.

[951] Ibídem, pp. 280-288.

[952] MACHADO MARTINS, Priscila. "La cosa juzgada material secundum eventum probationis en la acción constitucional de protección". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, Nº 3, 2019, p. 749. Concluyendo lo mismo, desde otra perspectiva: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XII, 2001, p. 65.

[953] Constitución Política de la República. Artículo 20.

La autonomía del proceso generado por la acción de protección, en palabras de NOGUEIRA, "se refleja en el hecho de que conoce en primera instancia una Corte de Apelaciones con independencia del asunto que se trata y de otros recursos que puedan interponerse por el afectado o de otras acciones civiles, laborales, administrativas o penales que concrete."[954] De igual manera, los tribunales superiores han indicado que la existencia de otras vías administrativas o jurisdiccionales para plantear el mismo asunto "en nada enerva, ni disminuye el derecho a recurrir ante la respectiva Corte de Apelaciones, deduciendo la acción cautelar contemplada por el constituyente para salvaguardar por ciertas garantías de orden superior que el ordenamiento jurídico ha querido proteger por la vía de este remedio constitucional"[955].

El carácter autónomo de esta acción se desprendería de la parte final del inciso 1º del artículo 20 de la Constitución, que establece que las providencias adoptadas por el tribunal de protección en favor del actor deben entenderse "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes." El origen de esta redacción, en los términos explicados por el profesor SOTO KLOSS, era explicitar que "[n]i la interposición de acciones ordinarias impide acudir ante los tribunales a través de esta acción de amparo general, ni la interposición de este remedio breve, sumario e inmediato impide acudir ante la justicia por medio de las acciones ordinarias que el ordenamiento ha previsto para tutela de los derechos; ninguna vía tutelar se opone a la otra, por el contrario, ambas se complementan y se integran mutuamente en su finalidad de protección tanto del ordenamiento jurídico ('el imperio del derecho') como de los derechos del agraviado."[956] En síntesis, la existencia de otras vías específicas para canalizar el conflicto jurídicamente relevante -en principio- no es un óbice para accionar de protección, en la medida que por su intermedio se denuncie -directa o indirectamente- la amenaza o vulneración de un derecho fundamental.

Lo anterior debe entenderse, hoy en día, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, las que han condicionado el ejercicio de ciertas acciones legales a no haberse recurrido previamente al proceso constitucional de protección por los mismos hechos. Tal es el caso de la tutela laboral (artículo 485, inciso 4º del Código de Trabajo), de la

[954] NOGUEIRA. Ob. Cit., 2007, p. 92.
[955] CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol 12204-2016. *Santana con Isapre Banmédica S.A.*, considerando 2º; 10 de junio de 2016. Confirmada por: CORTE SUPREMA. Rol 40597-2016. *Santana con Isapre Banmédica S.A.*; 9 de agosto de 2016.
[956] SOTO KLOSS, Eduardo. "'Sin perjuicio de' en el recurso de protección." *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, vol 6, p. 371.

reclamación por vulneración de derechos del contribuyente (artículo 155, inciso 3º del Código Tributario) y de la acción antidiscriminación contenida en la Ley 20.609 (artículo 6º, letra a) En tales casos no se entiende comprometida la autonomía del proceso de protección, sino que son las acciones legales antes indicadas las que se hallan subordinadas, para su admisión, a la circunstancia de no haberse ventilado previamente, en esta sede constitucional, los hechos en que se fundan.

Por otra parte, a propósito de la autonomía de la acción de protección, han surgido serias incertidumbres en materia medioambiental. Ello, dado que, desde la creación de los Tribunales Ambientales, mediante la Ley 20.600, la jurisprudencia de protección ha vacilado constantemente entre pronunciarse sobre el fondo de los conflictos en esta materia, por un lado, o declinar su conocimiento, bajo el argumento de que éstos son de competencia exclusiva de los nuevos órganos jurisdiccionales especializados, por otro. Esto ha redundado en un escenario de abierta incerteza jurídica. En tal sentido, FERMANDOIS y CHUBRETOVIC han concluido que los fallos existentes "no permiten deducir una teoría consistente sobre la pertinencia o impertinencia procesal del recurso de protección en tópicos de medio ambiente. Así, no resulta fácil hacer una estimación de previsibilidad en uno y otro caso."[957]

Esta autonomía de la acción, entendida como su alternatividad con otros remedios judiciales de derecho ordinario, constituye un rasgo excepcional y altamente disfuncional. Por ello, la mayor parte de los ordenamientos que poseen un amparo extraordinario, sea que radiquen la competencia para pronunciarse sobre éste, en último término, en el Tribunal Constitucional (como en los casos alemán y español) o que la mantengan exclusivamente en manos de la justicia ordinaria (como en el caso argentino o mexicano) prevén que aquél sea un instrumento subsidiario, supletorio o residual y no uno autónomo o alternativo[958].

En virtud del carácter autónomo que ostenta la acción constitucional de protección, como explica ZAVALA, ésta se intenta "permanentemente como un equivalente jurisdiccional, obviando la vía jurídica que el derecho ha contemplado para la solución de la mayor parte de los conflictos"[959]. Con ello, un importante número de

[957] FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo y CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita. "El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)". *Revista Chilena de Derecho* vol. 43 Nº1, 2016, p. 62.
[958] Al efecto, se recomienda revisitar el siguiente apartado de este trabajo: "2.2.4.3. Principio de exclusividad de los amparos: filtros procesales."
[959] ZAVALA ORTIZ, José Luis. *Jurisprudencia del Recurso de Protección*. Santiago: Libromar, 2021, p. 35.

asuntos ordinarios se han fugado de los procesos ordinarios que constituyen su sede propia y se han trasladado desde sus jueces naturales hacia la jurisdicción constitucional, engrosándola y convirtiéndola en un sustituto de otros cauces procesales.

Adicionalmente, este fenómeno no sólo se presenta en relación a las acciones y remedios ordinarios, sino también al resto de amparos especiales de rango legal, como las acciones de *hábeas data* o las antidiscriminatorias de la Ley del VIH/SIDA y de la Ley de personas con discapacidad, dado que, al tener un ámbito material que está igualmente cubierto por la acción constitucional de protección y ser ésta una vía autónoma y procesalmente más ventajosa, aquéllas han resultado virtualmente inoperativas[960].

El problema descrito, a pesar de tratarse de uno directamente vinculado a la configuración de la acción de protección, aqueja a toda la administración de justicia chilena. En efecto, la *vis atractiva* propia de los derechos fundamentales, sumada a la autonomía de la acción constitucional de protección, favorecen que casi cualquier asunto pueda ser sustraído de su cauce procesal regular y de la normativa sustantiva que lo gobierna, y pueda ser incardinado vía acción constitucional de protección como un conflicto ligado a los derechos fundamentales que, por proximidad temática, mejor se proyecten sobre él.

4.2.4.1.2. Sujetos procesales de la acción constitucional de protección

En cuanto a los sujetos de la acción de protección, el artículo 20 de la Constitución señala que ésta puede deducirla el directamente afectado o cualquier persona a su nombre[961]. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia ha esclarecido que no se trata de una acción popular, sino que debe interponerse por el agraviado, el que debe estar determinado o ser, a lo menos, un grupo de sujetos determinable.

El sujeto activo de esta acción -al que se suele llamar "recurrente" o, en menor medida, "actor"- puede ser cualquier persona natural o jurídica, de derecho privado o

[960] Revisitar, al efecto, notas al pie 874, 884 y 895 de este trabajo.

[961] Dicho precepto, en lo pertinente, estatuye: "*El que* por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º podrá ocurrir *por sí o por cualquiera a su nombre*, a la Corte de Apelaciones respectiva (…)". Constitución Política de la República. Artículo 20, inciso 1°.

público, e incluso una mera agrupación de personas, en la medida que cumpla con el requisito de determinación antes expuesto[962].

Por su parte, el sujeto pasivo -a quien normalmente se denomina "recurrido"- puede ser, también, cualquier persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, o incluso una mera agrupación de personas[963]. Con ello, queda de manifiesto que, en el ordenamiento chileno, los derechos fundamentales despliegan una eficacia horizontal directa en el plano procesal, por lo cual es común ver enfrentados en tribunales, en sede de protección, a dos sujetos privados. Esta situación, del todo excepcional en otros ordenamientos jurídicos, sumado al carácter autónomo de la acción, ha pavimentado el camino para que muchos conflictos de derecho privado se fuguen de las vías procesales comunes y acaben planteados, mediante la invocación de algún derecho fundamental, en esta sede constitucional.

En la misma línea, este proceso constitucional ha sufrido un incremento numérico exponencial durante los últimos tres lustros, a raíz de conflictos suscitados entre particulares y las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) a las que éstos se encuentran afiliados. Tales entidades (ISAPRES) son aseguradoras privadas del rubro médico y sanitario, que se han visto enfrentadas en litigios relativos al ejercicio, por su parte, de la facultad de modificar unilateralmente los contratos con las vinculan con sus clientes, situación que ellas sustentaron largamente en la normativa que las rige. Más allá de la justicia material, representada por la multiplicidad de fallos favorables a los afiliados de tales aseguradoras, esta situación no deja de ser llamativa, tanto por el alto porcentaje que representaron dentro del universo de acciones deducidas año a año, como por tratarse de un asunto que siendo de naturaleza contractual, en la mayoría de los restantes ordenamientos, debería resolverse, primero, por los cauces civiles ordinarios, sin que pudieran judicializarse *ab initio* ante la justicia constitucional[964]. Este ejemplo grafica la disfuncional manera en que opera la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en el orden procesal, en Chile.

Comparativamente, en muchos ordenamientos, los particulares pueden enfrentarse a otros sujetos privados, oponiendo a éstos sus derechos fundamentales, como

[962] PEÑA TORRES, Marisol. "Acción de Protección". En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit., pp. 41-42.
[963] Ibídem, p. 43.
[964] Como plantean Lovera y Perricone, la acción constitucional de protección, en distintas materias, principalmente vinculadas a la salud, ha activado su poder señalizador, haciendo patente a los órganos políticos sobre la necesidad de instrumentar cambios por la vía legislativa. LOVERA PARMO, Domingo y PERRICONE, Anita. "¿El recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal? Más allá de las cortes (y sus sentencias)". *Cuestiones constitucionales*, vol. 47, 2022, pp. 157-186.

ocurre, por ejemplo, con el amparo ordinario del orden social en España, con la propia tutela laboral chilena o con las medidas de protección de derechos fundamentales que el derecho de familia prevé en favor de los menores. Sin embargo, en la mayoría de tales casos, la eficacia horizontal se ha establecido porque tales derechos tienen titulares especiales y sujetos pasivos definidos normativamente en tal calidad, por encontrarse, en el plano material, en una relación de superioridad fáctica respecto del actor o demandante[965].

No obstante, en el caso chileno, la acción de protección no sólo procede en contra de particulares que ostenten una condición de superioridad fáctica, ni tampoco se circunscribe a derechos con un titular o destinatario especialmente cualificado de ese modo por el ordenamiento sino respecto de cualquier persona. Esta ostensible apertura, sumada al carácter de tutela paralela o alternativa que posee la acción constitucional de protección, ha fomentado su utilización en controversias que naturalmente correspondería dilucidar en sedes ordinarias.

Al igual que en el caso anterior, este problema es uno de la configuración de la acción constitucional de protección como amparo extraordinario del derecho chileno, pero que se revela como un defecto del sistema, en la medida que tan amplia legitimación pasiva, sumada a la autonomía de dicho remedio, han constituido fuertes incentivos para que los justiciables intenten, con grandes probabilidades de éxito, atravesar la frontera de la justicia ordinaria hacia la constitucional, ahorrándose, con ello, el tiempo y los recursos que deberían invertir si optaran por las acciones y remedios propios de la primera.

4.2.4.1.3. Parámetro de verificación aplicable en la acción constitucional de protección

En torno al parámetro de verificación aplicable en esta sede jurisdiccional, el artículo 20 de la Constitución chilena exige que el acto u omisión que se denuncie sea arbitrario o ilegal. En el caso de la protección medioambiental, se requiere, en cambio, que dicha conducta sea ilegal y, además, imputable a una autoridad o persona determinada[966].

[965] LOMBARDI. Ob. Cit., p. 132; también: BASTIDA, VILLAVERDE, REQUEJO et al. Ob. Cit., p. 193.
[966] El mismo artículo 20, en su inciso 2°, establece: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Constitución Política de la República. Artículo 20, inciso 2°.

Tanto la ilegalidad como la arbitrariedad pertenecen al género de la antijuridicidad, es decir, en ambos casos, se trata de categorías contrarias a derecho. Para diferenciarlas, la jurisprudencia ha señalado que, mientras la arbitrariedad se traduce en el actuar u omitir irracional, desproporcionado o, en general, fundado en el "mero capricho"[967], la ilegalidad consiste en la contravención a un texto normativo expreso, generalmente, de rango legal[968]. Tratándose, al menos, en la acción de protección general, de requisitos exigidos disyuntiva y no copulativamente, la sola concurrencia de uno de ellos resulta suficiente para dar por configurada la antijuridicidad de la conducta denunciada. Por su parte, en el caso de la acción de protección medioambiental, tras la reforma constitucional del año 2005, se eliminó el requisito de arbitrariedad, debiendo siempre vincularse la vulneración denunciada con una infracción de la legalidad vigente, quebrantamiento que normalmente se vinculará a la Ley de Bases del Medioambiente[969] o a alguna otra reglamentación sectorial vinculada a tal tópico.

Asimismo, se exige que dicha conducta produzca una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de uno o más de los derechos amparados por el artículo 20 de la Constitución, con lo cual se añade un estándar adicional, de claro anclaje constitucional, vinculado al contenido de los derechos protegidos por este instituto procesal.

Por su parte, en el caso de la acción de protección del medioambiente libre de contaminación, se exige expresamente que la conducta ilegal haya "afectado" tal derecho, con lo cual, en principio, no cabría la hipótesis de "amenaza", que sí procede respecto a los demás derechos. No obstante, la jurisprudencia no suele reparar en tal distingo, acogiendo acciones de protección de este tipo, incluso en hipótesis de riesgo, a pesar de que la vulneración aún no se haya materializado[970].

---

[967] Sólo a modo de ejemplo, la Corte Suprema emplea textualmente dicho concepto en las sentencias que se enumerarán: CORTE SUPREMA. Roles 43681-2020, 30273-2020, 20740-2020, 11195-2020, 1228-2020, 28861-2019, 25770-2019, 18454-2019, 17374-2019, 13988-2019.

[968] En efecto, la jurisprudencia de protección suele definir la ilegalidad como la contravención a una norma de aquellas que define el artículo 1° del Código Civil. Sólo a modo de ejemplo, revisar: CORTE SUPREMA. Rol 42981-2021. *CONFUSAM con Ilustre Municipalidad de La Pintana*; 09 de julio de 2021. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. Rol 8034-2021. Sociedad Comercial e Imp. LYB SpA con Municipalidad de San Vicente de Tagua Tagua; 28 de mayo de 2021. Disponibles en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visitas: 10 de junio, 2022).

[969] Ley 19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente; 09 de marzo de 1994. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667 (fecha de visita: 11 de noviembre, 2023).

[970] FERMANDOIS y CHUBRETOVIC. Ob. Cit., pp. 74-75.

Una interpretación sistemático-finalista de los presupuestos antes señalados, llevaría a entender que aquél relativo a la afectación o amenaza de los derechos fundamentales es el elemento clave, dado que se trata de una acción de tutela jurisdiccional de éstos y que, por tanto, la legalidad o arbitrariedad, como presupuesto complementario, debería conectarse indefectiblemente con la legislación de desarrollo de tales derechos. No obstante, en la práctica, la situación suele ser la inversa, pues, tal como indica Nogueira, "muchas veces, analizada la jurisprudencia, [ésta] se reduce al conocimiento de la posible ilegalidad o arbitrariedad del acto o la omisión"[971]. En la misma línea, Silva Irarrázaval observa lo común que resulta "que las sentencias que rechazan el recurso porque el acto no es ilegal, nada digan acerca de la eventual afectación de las garantías alegadas en el juicio, porque es innecesario"[972].

Del modo antes descrito, los derechos fundamentales invocados juegan un rol secundario y, en algunos fallos, son únicamente mencionados, luego de constatar la antijuridicidad de la conducta, vía ilegalidad o arbitrariedad. Por otra parte, la legalidad invocada en los fallos no se vincula estrictamente con las normas de desarrollo de los derechos fundamentales, sino con cualquier preceptiva aplicable al sustrato fáctico del caso respectivo, la que, dada la amplitud de esta vía procesal, puede ser civil, tributaria, laboral, administrativa o de cualquier otro sector del ordenamiento.

Por otra parte, se ha indicado, por un importante sector doctrinal, que los presupuestos de ilegalidad y arbitrariedad se vinculan a los orígenes de la acción de protección como mecanismo de control de la Administración, ante la carencia de tribunales de lo contencioso-administrativo. Así, por ejemplo, CAZOR sostiene que tales hipótesis "calzan, respectivamente, con las potestades discrecionales o regladas de la Administración"[973], siendo las primeras, objeto del juicio de arbitrariedad y las segundas, del de legalidad. No obstante, esta posición pasa por alto que, tal como observa PINOCHET CANTWELL, dichos presupuestos parecen haber sido tomados de la acción de amparo argentina, creada pretorianamente en 1957 y regulada legislativamente en 1966 y 1968, la cual procede exactamente, por idénticos presupuestos, contra autoridades y particulares[974].

[971] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México". *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, N° 1, 2010, p. 271.
[972] SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2009, p. 88.
[973] CAZOR. Ob. Cit., 2009, p. 258.
[974] PINOCHET CANTWELL, Francisco. *El Recurso de Protección*. Santiago: El Jurista, 2020, p. 66.

Asimismo, en la diada de presupuestos ligados a la antijuridicidad, el de arbitrariedad, en el razonamiento judicial, suele resultar superfluo frente a la ilegalidad. En efecto, la judicatura tradicionalmente ha asumido que las conductas realizadas en base a un imperativo o facultad legal no pueden, por regla general, considerarse "caprichosas", sin que ello implique formular un reproche indirecto de razonabilidad al legislador que, en primer lugar, las mandó o permitió[975]. De ese modo, como puntualiza SILVA IRARRÁZAVAL, "lo común es que el reproche de arbitrariedad se le impute al acto sin más después de haberse demostrado su ilegalidad, y es muy excepcional el caso en que, verificada la legalidad del acto, se juzgue aparte su razonabilidad."[976]

Por último, se ha dicho que esta acción constitucional se estructura sobre la base de una doble antijuridicidad, pues -como explica GÓMEZ BERNALES- "la lesión ha de provenir de un 'acto u omisión' que revista la particularidad de ser, además de inconstitucional por lesionar tales derechos, 'ilegal o arbitraria'[977]. Sin embargo, dado que la lesión de derechos será judicialmente constatada sólo si se aprecia la concurrencia de ilegalidad y arbitrariedad, la inconstitucionalidad, como baremo, acaba subordinada a éstos.

Con todo lo dicho, puede observarse la clara prevalencia de la legalidad ordinaria como parámetro para la concesión de amparo a través de la acción constitucional de protección, haciendo depender regularmente la declaración de inconstitucionalidad del acto u omisión denunciado, de la concurrencia de un vicio de orden legal. Así, en la generalidad de los casos, la Constitución sólo se aplicará en sede de protección, a través del amparo brindado a los derechos proclamados en ella, si antes se detecta una infracción legal. Esta forma de operar, como señala SILVA IRARRÁZAVAL, "pone al descubierto hasta qué grado la ley inhibe la aplicación de la Constitución en el recurso de protección"[978].

4.2.4.1.4. Objeto procesal de la acción constitucional de protección

[975] Por ello, sentencias como la Rol 770-2007 de la Corte Suprema, que separan el análisis de los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad, resultan muy infrecuentes y suscitan el interés por comprender los alcances de este oscuro segundo concepto. CORTE SUPREMA. Rol 770-2007. *Contreras Toro Juan Arcadio con Contralor General de la República*; 19 de marzo de 2007. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).
[976] SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2009, p. 58.
[977] GÓMEZ BERNALES. Ob. Cit., p. 19.
[978] SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2009, p. 88.

Tal como lo afirmara categóricamente uno de sus precursores, el objeto de esta acción es la protección de los derechos fundamentales[979]. Por esta razón, el objeto del proceso es la declaración de haberse producido la vulneración o amenaza de una o más garantías de aquellas enumeradas en el artículo 20 de la Constitución y, correlativamente, la adopción, a petición de parte o de oficio, de las medidas que el tribunal considere apropiadas para alcanzar las finalidades de esta acción, a saber, restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

4.2.4.1.4.1. Derechos amparados por el artículo 20 de la Constitución

El artículo 20 de la Constitución establece que la acción de protección tiene por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos específicamente enumerados en la señalada disposición. Actualizando las síntesis presentadas por NOGUEIRA[980] o PEÑA[981], pueden enumerarse como derechos fundamentales amparados, los siguientes:

Art. 19 N° 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. Respeto por la vida e integridad en el desarrollo científico y tecnológico, y protección de actividad cerebral.

Art. 19 N° 2: La igualdad ante la ley.

Art. 19 N° 3, inciso 5°: Nadie puede ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta.

Art. 19 N° 4: Respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia. Protección de datos personales.

Art. 19 N° 5: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Art. 19 N° 6: Libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre del culto.

Art. 19 N° 8: El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

---

[979] SOTO KLOSS, Eduardo. *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 67.
[980] NOGUEIRA. Ob. Cit., 2007, p. 92.
[981] PEÑA TORRES. Ob. Cit., pp. 38-39.

Art. 19 N° 9, inciso final: Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.
Art. 19 N° 11: Libertad de enseñanza.
Art. 19 N° 12: Libertad de opinión y la de informar sin censura previa.
Art. 19 N° 13: El derecho a reunión pacífica sin permiso previo y sin armas.
Art. 19 N° 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.
Art. 19 N° 16: La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación.
Art. 19 N° 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.
Art. 19 N° 19: Derecho a sindicarse en los casos y formas que señala la ley. Derecho a personalidad jurídica. La autonomía de las organizaciones sindicales.
Art. 19 N° 21: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.
Art. 19 N° 22: La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.
Art. 19 N° 23: 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.
Art. 19 N° 24: Derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.
Art. 19 N° 25: El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y la propiedad sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas.

Conforme al inciso 1° del artículo 20 de la Constitución, los derechos fundamentales objeto de la acción constitucional de protección son, en su mayoría, derechos de primera generación, de tipo civil y, también, algunos derechos sociales, pero en sus dimensiones individuales y no prestacionales. Por su parte, los derechos sociales de contenido prestacional se encuentran excluidos, lo que responde a la ideología liberal que animaba al constituyente de 1980, el que, además, tuvo en consideración la dificultad que suponía hacer frente a las exigencias pecuniarias que demanda su satisfacción, por lo que dotarlos de exigibilidad jurisdiccional podría implicar una alta carga para el Estado[982].

[982] MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. "Los derechos sociales". En: PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (coord.) *Teoría Constitucional*. Santiago: LexisNexis, 2006, p. 311.

Lo anterior, sin perjuicio de la ampliación que han realizado los tribunales por medio de la "tesis de la conexión", en la forma que se explicará en el apartado siguiente.

Por otro lado, el inciso 2° del artículo 20 de la Constitución, ampara el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, que es uno de tercera generación, lo cual es altamente excepcional, atendida la época en que se dictó dicha Carta. La diferencia entre esta regulación y la del inciso 1° no sólo viene dada por la naturaleza de los derechos amparados, sino también por los presupuestos que hacen procedente la acción en uno y otro caso, en la forma que ya se ha explicado, tal como lo subrayan GALDÁMEZ[983] y, también, FERMANDOIS y CHUBRETOVIC.[984]

Por otro lado, es importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la acción constitucional de protección no ampara directamente los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado es parte. Ello constituiría, a juicio de PINOCHET CANTWELL[985] y NOGUEIRA[986], una importante deficiencia del sistema chileno, que lo situaría en una situación de incumplimiento de los artículos 1º, 2º, 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta carencia puede enmendarse, a juicio del último autor, de tres formas: mediante una interpretación judicial que ampare todos los derechos, aún a falta de texto expreso en el derecho interno; a través de la ampliación normativa de los supuestos de procedencia de la acción existente; o por la creación legal de un nuevo instrumento que les otorgue plena tutela a los derechos fundamentales preteridos, siendo esta última la medida que el autor recomienda[987]. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que, muchos de los derechos protegidos por el inciso 1º del artículo 20 de la Constitución, coinciden con varios de los amparados por los instrumentos internacionales más emblemáticos.

4.2.4.1.4.2. Ruptura de la taxatividad del catálogo del artículo 20 de la Constitución: el extendido objeto de la acción de protección

[983] GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. "Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro". *Revista de Derecho Ambiental,* vol. VI, N° 9, 2018, pp. 72-92.
[984] FERMANDOIS y CHUBRETOVIC. Ob. Cit., pp. 61-90
[985] PINOCHET. Ob. Cit., pp. 191-192.
[986] NOGUEIRA. Ob. Cit., p. 111.
[987] Ibídem.

A pesar de que el catálogo del artículo 20 de la Constitución aparece como taxativo, la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos ha admitido la apertura de la acción de protección hacia otros bienes jurídicos distintos de los enumerados, a través de dos vías: por un lado, aplicando la tesis de la conexión y, por otro, ampliando interpretativamente el contenido de ciertos derechos fundamentales consagrados en amplios términos por la Constitución.

En torno a la tesis de la conexión, ésta recibe aplicación en la acción constitucional de protección -según MARISOL PEÑA- mediante la vinculación entre "un derecho social que se alega amenazado, perturbado o privado, con un derecho que sí está protegido"[988]. En tal sentido, debe recordarse que la Constitución chilena excluye de este cauce procesal, por regla general, a los derechos sociales, a pesar de lo cual, estos últimos pueden recibir una tutela indirecta, si se reconduce la pretensión relativa a su amparo hacia un derecho fundamental de tipo civil, los que, en su mayoría, sí gozan de esta protección jurisdiccional.

La tesis de la conexión ha operado, principalmente, en lo tocante a prestaciones de salud denegadas por los prestadores públicos o privados. Frente a la denegación de tales prestaciones ha sido común que se enderecen acciones de protección, reclamando su otorgamiento, alegando una afectación o amenaza al derecho a la vida e integridad física y psíquica (civil) que sí está amparado, en lugar del derecho a la salud (social), que no lo está.

Por otro lado, también se ha roto la taxatividad del catálogo del artículo 20 de la Constitución, mediante la ampliación interpretativa de ciertos derechos fundamentales. Esto ha operado mayoritariamente respecto de dos de ellos, los que son reconocidos en la Constitución chilena en términos muy amplios y cuyos alcances la jurisprudencia ha extendido hasta extremos aún más remotos. Estos son los derechos de igualdad ante la ley y propiedad. Ambos poseen una fuerte *vis expansiva* y han desplegado, por ello, una *vis atractiva* de asuntos ordinarios hacia el recurso de protección.

El derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución y previsto en el catálogo del citado artículo 20, ha sido engrosado mediante una interpretación judicial elástica, que ha engendrado la doctrina de la "prohibición de autotutela". En virtud de ésta, un sujeto puede deducir la acción de protección en contra de cualquier otro que altere una situación de hecho preexistente, afectando el *statu quo.*

[988] PEÑA TORRES Ob. Cit., p. 39.

Ello ha permitido paralizar cualquier tipo de conducta que afecte un estado de cosas consolidado y que no tenga su origen en una decisión judicial que haya dispuesto dicha alteración, lo que ha recibido aplicación en conflictos de la más variada índole[989].

A su turno, el derecho de propiedad, que goza de consagración y profuso desarrollo normativo en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, constituye -aplicando a Chile una nomenclatura española- la verdadera "estrella en el firmamento" jurídico-constitucional chileno[990]. Lo anterior, dado que la Constitución garantiza la propiedad respecto de toda clase de bienes corporales e incorporales, en los más amplios términos. Así, por su intermedio cualquier derecho subjetivo, en su calidad de bien incorporal, puede ser defendido jurisdiccionalmente por su titular, alegando la calidad de propietario del mismo. Por medio de la así denominada doctrina de "propietarización de los derechos", se ha extendido la tutela jurisdiccional que brinda la acción de protección a derechos subjetivos no fundamentales, en su calidad de bienes incorporales cobijados por el derecho de propiedad, desdibujando, con ello, la taxatividad del catálogo del artículo 20 de la Constitución[991].

De esa manera, en virtud de la *vis expansiva* del binomio de derechos fundamentales antes mencionado (igualdad y propiedad), se han canalizado a través de la acción constitucional de protección (*vis atractiva*), asuntos de la más variada índole, tales como: conflictos relativos a derechos que emanan de un contrato de arrendamiento, al derecho de propiedad sobre la calidad de estudiante o de funcionario público o sobre los fondos que constituyen el desahucio legal, controversias sobre contratos de prestación de servicios educacionales, permisos de edificación, concesión para extracción de áridos, derecho a ser mantenido como presidente de un sindicato, derecho de uso que nace de un contrato de comodato, de un contrato de cuenta corriente bancaria o de un contrato de seguro, así como controversias relativas a la retención de devolución de impuestos, a la cancelación de una patente municipal o al cobro ilegal de derechos municipales, a la expulsión de alumnos de una institución educativa o la negativa de ésta a entregar un certificado de calificaciones[992].

---

[989] CAZOR ALISTE, Kamel y ROJAS CALDERÓN, Christian. "Las deficiencias estructurales y prácticas de la acción de protección". *Revista de Derecho (Coquimbo),* vol. 16, N° 1, 2009, p. 182.
[990] Expresión acuñada en España, para describir el protagonismo de la tutela judicial efectiva como derecho invocado en sede de amparo constitucional. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. Ob. Cit., p. 41.
[991] ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "A propósito de la 'agonía' o 'muerte' del recurso de protección ambiental". Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado. Universidad de Chile, vol. 7, 19-20.
[992] NAVARRO BELTRÁN. Ob. Cit., 2012, pp. 627-628 y 633.

Adicionalmente, como resultado de las dos doctrinas jurisprudenciales antes señaladas ("prohibición de autotutela" y "propietarización de los derechos"), la vulneración de un derecho fundamental se ha tornado, en la *praxis* de la acción de protección, un presupuesto intrascendente, a pesar de ser ésta la sede creada para su tutela jurisdiccional. Ello, pues, a falta de una verdadera lesión de derechos fundamentales, siempre es posible invocar la alteración del *statu quo* o la violación de la calidad de propietario que asiste al actor en relación a cualquier derecho subjetivo ordinario o meramente legal. Con ello, el elemento determinante para que la acción prospere, pasa a ser la antijuridicidad de la conducta más que la lesión iusfundamental. Por tanto, en el caso chileno, la invocación de los derechos fundamentales afectados o amenazados es una formalidad que debe cumplirse, especialmente para superar el filtro de admisibilidad de la acción, pero que tiene, en el resultado de ésta, una importancia secundaria, siendo fundamentalmente más gravitante la demostración de una infracción a la legalidad ordinaria.

Este problema, por las mismas razones anotadas en los acápites anteriores, no sólo redunda en la operatoria de la acción constitucional de protección, sino que compromete el adecuado funcionamiento de todo el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales y de paso, el de toda la jurisdicción, haciendo imposible una apropiada articulación entre la justicia ordinaria y la constitucional de la libertad, pues resulta difícil concebir asuntos que sean, al menos en principio, exclusivos de la primera y ajenos a la segunda.

4.2.4.1.4.3. Pretensiones procesales compatibles con la naturaleza de la acción de protección

La acción constitucional de protección tiene por objeto -como indica SOTO KLOSS- una pretensión declarativa[993], la que, a su vez, puede ser de mera certeza o de condena[994]. Ello, contrasta con la caracterización de "cautelar" que suele asignársele tanto a la pretensión hecha valer como al proceso en que ésta se ventila, según se discutiera más atrás en este mismo trabajo[995].

[993] SOTO KLOSS. Ob. Cit., 1982, p. 489.
[994] NOGUEIRA, Ob. Cit., 2007, p. 119.
[995] Ver, al efecto, el apartado 4.2.4.1.1.2., denominado: "Proceso sumario, de naturaleza cautelar".

Lo anterior debe complementarse con el carácter de tutela provisional que posee la acción constitucional de protección[996], en que el empleo de "pautas de aceleración" propias de estas formas de enjuiciamiento, supone "la ausencia de una fase contradictoria completa", lo que limita las alegaciones que pueden formular las partes, el tipo de prueba que pueda rendirse o los alcances de la cognición judicial, sin que ello implique, en caso alguno, la falta de bilateralidad de la audiencia[997].

De esa manera, el que la acción de protección genere un proceso declarativo, pero provisional, con una cognición limitada y sin una fase probatoria, restringe las materias sobre las cuales el tribunal puede pronunciarse sólo a aquellas necesarias para su objeto procesal directo: la protección de los derechos fundamentales. Correlativamente, las providencias que el tribunal puede disponer, una vez acogida la acción, han de ser compatibles con la naturaleza y estructura de esta vía procesal. Por ello, todos los asuntos cuya resolución requiere de un esquema de cognición y, especialmente, de prueba, más complejo no pueden ser ventilados en sede de protección, en vista de las restricciones señaladas.

A pesar de lo indicado, las medidas adoptadas por los tribunales superiores se caracterizan por su amplitud, las que van desde la orden de cesar la conducta y no repetirla en el futuro, hasta el "dejar sin efecto"[998] un determinado acto o resolución adoptado por el recurrido. Incluso, se ha afirmado que podría solicitarse, por intermedio de esta vía, que la Corte declare el derecho del agraviado a ser indemnizado, sin que ello se extienda al monto de esos perjuicios, suma que debería ser objeto de debate y prueba en un proceso de lato conocimiento posterior[999].

Las anteriores limitaciones, sin embargo, no han sido siempre respetadas, en la medida que, tal como pone de relieve CÁRCAMO, en ciertos casos relativos a desvinculaciones de funcionarios públicos, las Cortes han revertido tales decisiones y ordenado directamente el pago de remuneraciones y otros estipendios, sumas cuya procedencia y cálculo habrían requerido de un proceso de lato conocimiento, con más amplias oportunidades de alegación, defensa y prueba, para su debida fijación[1000]. Así, en

[996] CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Santiago: Thomson Reuters, 2016, p.13.
[997] Ibídem, p. 9.
[998] ZÚÑIGA URBINA, Ob. Cit., 2015, p. 36-37.
[999] SOTO KLOSS. Ob. Cit., 1982, pp. 414-416.
[1000] CÁRCAMO TAPIA, Roberto. "Reparaciones pecuniarias en sentencias de protección: A propósito de la jurisprudencia sobre desvinculaciones de funcionarios públicos". *Revista de Derecho Público,* vol. 92, 2020, pp. 11-36.

algunas ocasiones y según el exclusivo criterio de los tribunales superiores, las sentencias de protección se han extendido a asuntos propios de litigios comunes y de cognición plena, a pesar de las restricciones que presenta el cauce procesal en que se han ventilado.

Por todas las razones expuestas, con justa razón, el profesor BORDALÍ ha señalado que "[e]n asuntos no penales, y donde no se persiga una indemnización de perjuicios, los ciudadanos chilenos recurren a la protección antes que a los procesos ordinarios de la judicatura ordinaria. Es el gran contencioso chileno, en materias constitucionales, civiles y administrativas."[1001]

4.2.4.2. Influencia de la acción de protección en el sistema chileno de garantía subjetiva de los derechos fundamentales y en la articulación entre jurisdicciones

La acción constitucional de protección forma parte del plexo de mecanismos legales y constitucionales que constituyen el sistema chileno de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Dada su posición de amparo extraordinario, la referida vía procesal encabeza dicho modelo.

A pesar de lo señalado, una de las más importantes disfuncionalidades del modelo chileno es la autonomía de la acción constitucional de protección, rasgo que la hace procedente inmediatamente, sin necesidad de agotar previamente otros cauces procesales. De esa manera, todas aquellas acciones y remedios cuyo ámbito material de aplicación se interseca con el de aquélla, acaban convertidas en tutelas paralelas o alternativas, y su mayor o menor utilización, dependerá de las ventajas comparativas que ofrezcan en relación a la acción constitucional de protección.

En tal sentido, las principales ventajas de la acción constitucional de protección son su carácter informal, que permite actuar sin necesidad de contar con un abogado; su celeridad, que prevé un rito procesal simplificado y sumario, que tarda ostensiblemente menos que otros procedimientos; y que es conocida por un tribunal superior, pues la respuesta jurisdiccional es expedida inmediatamente por una Corte de Apelaciones, asegurándose, además, un amplio acceso, vía apelación, a la Corte Suprema. Por ello, no es de extrañar que muchas de las acciones de amparo creadas por el legislador tengan escasísima operatividad, como ocurre con la acción antidiscriminatoria para los

[1001] BORDALÍ SALAMANCA. Ob. Cit., 2011, p. 57

portadores de VIH y enfermos de SIDA, la de *hábeas data* o la antidiscriminatoria de personas con discapacidad, pues su objeto procesal coincide y, por tanto, es cubierto por la acción constitucional de protección, pero éstas son procesalmente menos ventajosas.

Del mismo modo, el proceso de protección ofrece una forma de tutela cautelar, a través de la denominada "orden de no innovar". Dicha medida se encuentra establecida en la legislación común y su finalidad es paralizar los efectos de resoluciones judiciales impugnadas a través de los recursos de apelación devolutivo, queja y hecho[1002]. Conforme al auto acordado, dicha medida también procede en esta sede, con el propósito de suspender los efectos del acto o resolución recurridos por su intermedio[1003]. Este dispositivo carece de una regulación exhaustiva que indique las hipótesis para impetrarlo o los casos en que el tribunal debería concederlo, por lo cual, el actor puede solicitarlo siempre que considere necesario hacerlo y el tribunal lo otorgará o denegará a su entera discreción.

A diferencia de lo que ocurre en sede de protección, en la mayoría de los amparos especiales, tanto de rango legal como constitucional, no se contemplan expresamente medidas cautelares o, si se admiten, procederán con arreglo a la legislación procesal civil, lo que las torna más difíciles de obtener que la "orden de no innovar" prevista para la acción de protección.

Por otra parte, hasta el año 2000, el ordenamiento procesal chileno estuvo organizado mayoritariamente sobre la base de procedimientos escritos y caracterizados por una abrumadora lentitud. Por esta razón, el legislador fue operando, desde entonces, una serie de reformas cuya finalidad ha sido no sólo establecer fórmulas de enjuiciamiento más eficientes desde la perspectiva de su duración, sino también más adecuadas a la naturaleza de los bienes en juego. A la luz de tales modificaciones legislativas, se establecieron nuevos procedimientos y nuevos tribunales, los que fueron entrando en vigor progresivamente, en diferentes fechas, según las distintas materias: procesal penal (2000-2004), familia (2005), laboral (2008-2009), tributaria y aduanera (2010-2013) y

[1002] Se encuentra establecido a propósito de los efectos del recurso de apelación, en el artículo 192, inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, en el siguiente tenor: "No obstante, el tribunal de alzada a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada. Los fundamentos de las resoluciones que se dicten de conformidad a este inciso no constituyen causal de inhabilidad." Su aplicación al recurso de hecho viene dada por lo dispuesto en el artículo 204, inciso 3° del mismo cuerpo legal. En torno al recurso de queja, el artículo 548, inciso final del Código Orgánico de Tribunales establece su procedencia.

[1003] El Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección establece: "El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar". Acta 94-2015. Artículo 3°, inciso 5°, parte 2ª.

ambiental (2013-2017). Sin embargo, tal renovación no ha alcanzado aún a la justicia civil. En tal sentido, haciendo un lapidario diagnóstico sobre el funcionamiento de esta última, NÚÑEZ OJEDA observaba que la lentitud de los procesos en ese orden jurídico "nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna"[1004], agregando que dicha reglamentación legal "tampoco se ajusta actualmente a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena"[1005].

Asimismo, los procesos civiles chilenos, anclados en las tendencias procesales del siglo XIX, carecen de formas de tutela cautelar que vayan más allá de lo meramente conservativo, a diferencia de los modernos procedimientos creados por las reformas procesales antes reseñadas, que han incluido tutelas cautelares innovativas, además de fórmulas de tutela anticipada, entre otros avances[1006].

Por otra parte, un evidente vacío en el ordenamiento chileno es la inexistencia de juzgados de lo contencioso-administrativo con una competencia general para conocer sobre asuntos de esta naturaleza. La tendencia en la materia ha sido, en cambio, la creación de distintos órganos jurisdiccionales (Tribunal de Contratación Pública[1007], Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos[1008], entre otros) o de acciones y procedimientos especiales ante los tribunales ordinarios, para que los administrados, en las hipótesis especialmente previstas en los cuerpos legales respectivos, puedan enderezar sus reclamaciones en contra de determinados órganos de la Administración[1009]. Asimismo, en virtud de la competencia residual que asiste a los jueces de letras en lo civil, todos aquellos asuntos que carecen de regulación especial, pueden ser ventiladas ante éstos, situación que claramente atenta contra la especialización necesaria que tales materias demandan.

[1004] NÚÑEZ OJEDA, Raúl. "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)". *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 6, 2005, p. 177.

[1005] Ibídem, p. 178.

[1006] Respecto de las medidas cautelares innovativas y otras novedosas formas de tutela incorporadas en algunos de los nuevos procedimientos, ver: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. "Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar". *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 21, 2013, pp. 459-473; y, también, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. "Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad ambiental". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 23, N° 1, 2016, pp. 23-49.

[1007] Ley 19.986. Artículo 22.

[1008] Creado por el artículo 3° de la Ley 19.940. Ley 19.940, regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos; 13 de marzo de 2004. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=222380&idParte=8659496 (fecha de visita: 03 de octubre, 2023).

[1009] En un estudio hecho el año 2011, el profesor Vergara Blanco contaba 125 acciones y procedimientos de este tipo. Ver: VERGARA BLANCO, Alejandro. *Código Administrativo General*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011, pp. 629-640.

El cuadro anterior resulta de interés en esta materia, en la medida que la notoria apertura de la acción constitucional de protección, ha redundado históricamente en que los asuntos en que la tutela jurisdiccional ordinaria no existe o funciona de manera deficitaria, han sido canalizados por su intermedio. Así, ante la carencia de una jurisdicción contencioso-administrativa general, la acción constitucional de protección se ha comportado como su sustituto[1010]. Por otra parte, también ante la lentitud de la justicia civil y la insuficiencia de la tutela cautelar que ésta prevé, se suele emplear la vía constitucional, para intentar respuestas jurisdiccionales rápidas frente a situaciones en que los procesos de dicho orden jurisdiccional no pueden ofrecerla.

En sentido contrario, allí donde se han creado jurisdicciones especializadas, con procesos orientados a satisfacer apropiadamente los intereses en juego, la acción constitucional de protección ha perdido protagonismo. De esa manera, muchos de los asuntos que tradicionalmente se ventilaban en sede de protección, una vez creadas jurisdicciones y procesos especializados, se han replegado hacia dichas vías. Como evidencia de dicho fenómeno, algunos cuerpos legales reformados establecen una incompatibilidad entre sus procedimientos especiales y la acción constitucional de protección, para canalizar asuntos que el actor haya decidido ventilar previamente en esta sede, tal como se observa, entre otros, en el procedimiento de tutela laboral (artículo 485, inciso final del Código del Trabajo) y en la reclamación por vulneración de derechos del contribuyente (artículo 155, inciso final del Código Tributario).

Este problema, a pesar de su origen externo a la jurisdicción constitucional de la libertad, repercute en ella, en la medida que los déficits de tutela del ordenamiento chileno, especialmente en materias civiles y administrativas, han redundado en el "éxito" [1011] de la acción constitucional de protección. Por otro lado, para ningún jurista chileno resulta un misterio que los nuevos procedimientos han desplazado en importancia, en sus respectivos órdenes jurídicos, al más usado remedio constitucional.

De esa manera, y guardando las diferencias, la acción constitucional de protección, en tanto amparo extraordinario del derecho chileno, ha atraído hacia la jurisdicción constitucional de la libertad una serie de asuntos que han carecido de cauces procesales idóneos, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y

[1010] FERRADA, BORDALÍ y CAZOR. Ob. Cit., pp. 71-72.
[1011] La expresión se emplea, siguiendo a Pérez Tremps, quien señalaba que la masificación del recurso de amparo español podía redundar en que éste acabara por "morir de éxito". Ver, al efecto: PÉREZ TREMPS. Ob. Cit., 2018, p. 254.

oportuna, situación similar a la que experimentó, hasta la reforma de 2007, el recurso de amparo español, en que dicho instituto, por similares causas, pero con diferentes manifestaciones, exhibió un crecimiento exponencial.

En síntesis, resulta difícil concebir el modelo chileno de amparo como un verdadero sistema, dado que sus elementos no poseen un rol preciso e insustituible, presentándose como una mera agregación de dispositivos que, ante la autonomía de la acción constitucional de protección y dadas sus ventajas procesales, pueden acabar resultando inoperativos, como ha sucedido con varios de ellos. Por otra parte, tampoco se observa articulación alguna entre la jurisdicción constitucional de la libertad chilena y la justicia ordinaria, dado que los remedios de la segunda pueden ser sustituidos por el mecanismo de amparo extraordinario de la primera, sustrayendo *ex ante* las controversias de derecho común, del conocimiento de sus jueces naturales, como ha venido ocurriendo en una serie de materias. Del mismo modo, el éxito de la acción constitucional de protección se ha revelado directamente proporcional a la inexistencia de procesos ordinarios adecuados y eficaces en diversas áreas del ordenamiento jurídico chileno.

4.3. La garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en Chile

Tal como se ha dicho reiteradamente, la garantía objetiva de los derechos fundamentales no puede disociarse fácilmente de su garantía subjetiva, pues en esta materia, como dijera GARCÍA PELAYO, "lo abstracto vive en lo concreto" y viceversa[1012]. No obstante, la mirada supraindividual que supone la garantía objetiva de los derechos fundamentales obliga a considerar la pervivencia de éstos en tanto elementos supremos y definitorios del ordenamiento jurídico más que como atributos reconocidos a un particular determinado.

Por lo anterior, la garantía objetiva de los derechos fundamentales requiere de certezas interpretativas, para lo cual es preciso que cada sistema establezca un supremo intérprete y le conceda vías procesales para sentar doctrina jurisprudencial y controlar la labor hermenéutica desplegada por los restantes órganos jurisdiccionales.

A diferencia de España, mal podría afirmarse que el supremo intérprete de los derechos fundamentales en Chile es el Tribunal Constitucional, sólo restando concluir que el órgano que mejor encuadra en ese rol es la Corte Suprema. Por su parte, el sistema

[1012] GARCÍA PELAYO. Ob. Cit., 1981, p. 33.

chileno carece de un medio procesal que permita controlar la interpretación sostenida por los jueces en torno a los derechos fundamentales, salvo por las vías casacionales de los órdenes penal y laboral.

4.3.1. El supremo intérprete de los derechos fundamentales en Chile: una definición pendiente

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, en que los artículos 123.1 de la Constitución y 1° de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, establecen claramente que el Tribunal Constitucional se encuentra investido del rol de intérprete supremo de la Constitución, en el caso chileno, no existe provisión normativa alguna que conduzca a sostener la superioridad de dicha magistratura en la hermenéutica constitucional, especialmente en materia de derechos fundamentales.

A dicho silencio normativo, debe sumarse que el ordenamiento chileno, además del control de constitucionalidad de la ley y los amparos especiales para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, ha incorporado la acción constitucional de protección como mecanismo de amparo extraordinario, cuyo conocimiento está encomendado a los tribunales superiores del Poder Judicial. En tal escenario, mientras el Tribunal Constitucional dice lo que los derechos fundamentales son, a través de las vías preventivas y represivas de control de constitucionalidad de la ley, la Corte Suprema hace lo propio en relación a la acción de protección y las demás acciones constitucionales y legales de amparo de derechos, sin que exista un fluido diálogo entre los criterios de ambos tribunales.

La desconexión entre los criterios de ambas magistraturas viene alimentada, además, por la inexistencia, en Chile, de una norma equivalente a la que posee España en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y que hace obligatoria, para los órganos de dicha rama, toda interpretación de la Constitución sostenida por el Tribunal Constitucional. En efecto, revisado el Código Orgánico de Tribunales[1013], que es el homólogo chileno de la citada ley española, en ella no aparece siquiera mencionado el Tribunal Constitucional, mientras que en la Ley Orgánica Constitucional que rige a este último, tampoco se establece, en acápite alguno, el carácter

[1013] Esta norma constituye la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial. Al efecto, ver: Constitución Política de la República. Artículo 77 y disposición cuarta transitoria.

vinculante de su interpretación de la Constitución para los restantes órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, la acción de inaplicabilidad, estadísticamente, constituye la principal atribución que ejerce el Tribunal Constitucional y ésta opera, al menos teóricamente, como una forma de amparo imperfecto o cuasi-amparo. No obstante, como se dijo en el apartado respectivo, es común encontrar casos en que los fallos que declaran inaplicable un precepto no produzcan ningún efecto práctico en la gestión judicial respectiva o que dicha resolución no altere, en modo alguno, la forma en que los jueces y tribunales respectivos conocen o resuelven la controversia en cuestión[1014]. Así, por problemas de diseño del instrumento respectivo, en muchos casos, lo que el Tribunal Constitucional decide, acaba condenado a la irrelevancia. Si ello ocurre con algunas de sus resoluciones, no es difícil imaginar qué ocurre con muchos de sus criterios interpretativos.

Por otro lado, las doctrinas que el Tribunal Constitucional vierte en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes han sido considerados, en varios casos, pronunciamientos de índole más política que estrictamente jurídica-constitucional[1015], por lo que, salvo contadas excepciones, tampoco suelen tener gran importancia en los debates del foro, ni en la enseñanza del derecho.

Con todo lo dicho, aparece que el Tribunal Constitucional, a pesar de que nominalmente pueda afirmarse lo contrario, no está, a la luz del diseño institucional vigente en Chile ni por su propia trayectoria, en condiciones de ser considerado el supremo intérprete de la Constitución ni de los derechos fundamentales consagrados en ella.

En tal escenario, la Corte Suprema es el órgano que se encuentra en mejor posición de velar por la observancia de la Constitución y de los derechos proclamados en ella, a través de los recursos de derecho común sobre los que conoce, así como mediante las

[1014] Ver lo reflexionado en el apartado 4.2.2.4 de este trabajo, denominado: "La tutela general de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional".

[1015] Ver, por ejemplo, las siguientes columnas, en que juristas de visiones muy diferentes, representan al Tribunal Constitucional su actuación politizada al decidir los conflictos sometidos a su conocimiento, especialmente, a través del control preventivo facultativo. EL MOSTRADOR. *El Tribunal Constitucional desatado (1): Un poder insoportable*, por Fernando Atria y Constanza Salgado; 23 de enero de 2018. Disponible en: https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/; y EL MERCURIO LEGAL. *TC y tentación totalitaria: crítica a la sentencia sobre 'educación no sexista'*, por Julio Alvear; 19 de abril de 2023. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/Analisis/index.aspx?userNameAutor=jalvear&tipoPortadilla=Autor (fecha de visitas: 12 de noviembre, 2023).

acciones constitucionales y legales sobre las que resuelve, como tribunal de primera o segunda instancia, o por vía de casación.

4.3.2. Los escasos cauces procesales para sentar doctrina jurisprudencial y controlar las interpretaciones sobre los derechos fundamentales

El rol que cumple la adjudicación de derechos fundamentales es definitorio para el funcionamiento del Estado Constitucional, pues, como indica BORDALÍ, éstos "no son meros derechos subjetivos, como los que habitualmente tutela la jurisdicción común u ordinaria, sino que corresponden a derechos públicos subjetivos, lo que significa que tienen una dimensión pública, se trata de posiciones jurídicas que corresponden a todo ciudadano, así, la tutela jurisdiccional de este tipo de derechos no puede tener sólo un alcance o valor individual para quien recurre en dicha labor interpretativa en sede de protección."[1016]

En tal sentido, cabe constatar que Chile carece de un mecanismo con una vocación nomofiláctica como el recurso de amparo español.

En efecto, sólo el sistema recursivo ordinario, a través de los recursos de nulidad penal y unificación de jurisprudencia laboral, ha permitido a la Corte Suprema cristalizar ciertas líneas jurisprudenciales sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales, en el marco de la persecución penal o de las relaciones laborales. En menor medida, el máximo tribunal ha establecido indirectamente algunos estándares iusfundamentales vía recurso de casación civil, a pesar de que haber resuelto reiteradamente que la infracción de la Constitución no habilita a interponer ese recurso[1017].

Por otra parte, en lo relativo a los amparos constitucionales, algunos criterios interpretativos sobre los específicos derechos que tutelan, han emanado de las acciones de reclamación de nacionalidad y declaración previa de error judicial, así como de las apelaciones de *hábeas corpus*.

En lo tocante al "recurso de protección", a pesar de que ser tal su denominación más común en el foro chileno, éste no constituye un medio de impugnación ni de gravamen frente a resoluciones judiciales. En efecto, la jurisprudencia de los tribunales

[1016] BORDALÍ SALAMANCA. Ob. Cit., p. 220.
[1017] DEL RÍO. Ob. Cit., p. 166.

superiores suele descartar que la acción constitucional de protección tenga como finalidad el enmendar resoluciones judiciales, resolviendo que frente a éstas deben deducirse los recursos y remedios que la legislación común prevé. A pesar de ello, en ocasiones excepcionales, que no siguen un criterio o patrón uniforme, se han acogido acciones constitucionales en contra de resoluciones judiciales, casos en los cuales éstas se han comportado como un verdadero recurso.

No obstante, tal no fue la finalidad primordial que el constituyente quiso asignar a la acción de protección, lo que se desprende de la redacción del propio artículo 20 de la Constitución. Del inciso 1° de dicho precepto, se colige que los fines de esta acción, expresadas como facultades del tribunal competente, consisten en "restablecer el imperio del derecho" y "asegurar la debida protección del afectado". Desde una interpretación teleológica, el primero de tales fines se vincula con el ordenamiento objetivo y tiene por objeto corregir el defecto jurídico que la vulneración iusfundamental ha suscitado, mientras que el segundo se traduce en el propósito subjetivo a que tributa este mecanismo y que consiste en adoptar las medidas necesarias para que los derechos de la víctima del acto lesivo sean preservados o restablecidos, en su caso[1018].

A pesar de lo dicho, no existe ninguna conexión, ni en su configuración constitucional, ni en su regulación legal o infralegal, entre la acción constitucional de protección y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Quizás, al radicar su apelación ante la Corte Suprema, se esperaba que ésta pudiera producir criterios jurisprudenciales estables y con autoridad suficiente para ser seguidos por los restantes órganos judiciales. Sin embargo, esa tarea no ha sido posible, según postulamos, por dos razones: en primer lugar, pues dicha alta magistratura interviene como tribunal de apelación, recurso que permite a los litigantes instar por una amplia revisión fáctica y jurídica del fallo de los jueces *a quo*, situación que, a su turno, impide que aquélla focalice sus esfuerzos hacia una función nomofiláctica o que, al menos, se concentre exclusivamente en los extremos jurídicos de la controversia en cuestión; y, en segundo lugar, dado el altísimo volumen de apelaciones sobre las que el máximo tribunal debe pronunciarse, por lo que, en muchos casos, la Corte Suprema debe circunscribir su resolución a una sola oración, confirmatoria de lo resuelto por los jueces *a quo*, sin entregar razonamientos adicionales. Tal es la única forma de hacer frente a la masiva

[1018] SOTO KLOSS. Ob. Cit., 1982, p. 371.

cantidad de apelaciones de protección que ingresan al máximo tribunal, mes a mes y año tras año.

Además de las causas estructurales, existe una consabida indiferencia en torno al contenido y alcances de los derechos fundamentales en las sentencias de protección. Ello, según CAZOR, "ha traído como consecuencia una pobre doctrina jurisprudencial, especialmente si se tiene en cuenta la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, y, añadidamente, ha generado una inacabada construcción teórica de esta acción constitucional que, sin duda, ha limitado su esfera de amparo"[1019].

Por otro lado, el Tribunal Constitucional sí ha desplegado una importante labor interpretativa a través del control de constitucionalidad de las leyes, especialmente, en virtud de la atribución del artículo 93 N° 7 de la Constitución, la que, en la mayoría de los casos, ha puesto en movimiento de oficio[1020], según lo autoriza la propia Carta y su Ley Orgánica Constitucional[1021]. No obstante, como ya se dijo, no existe un cauce procesal a través del cual dicha magistratura pueda revisar que sus criterios hermenéuticos sean observados por los demás órganos jurisdiccionales, los cuales -como es de esperar- en muchos casos no son conocidos ni seguidos por éstos.

En síntesis, no sólo no existe un instrumento procesal idóneo para cumplir con la labor de generar una doctrina jurisprudencial sobre el contenido y alcance objetivo de los derechos fundamentales, sino que, además, el amparo extraordinario del derecho chileno y que permite escalar las lesiones de éstos hasta la Corte Suprema, lo hace a través de una vía recursiva excesivamente amplia, que no circunscribe el debate al derecho, sino que, en todos los casos, le permite adentrarse en los hechos. De esa forma, a través de los fallos de protección, es común que dicha magistratura diga mucho en nombre de los derechos fundamentales, pero muy poco sobre éstos. Por otro lado, el Tribunal Constitucional, a pesar de desarrollar criterios hermenéuticos, carece de un cauce procesal que le permita controlar que éstos sean seguidos.

[1019] CAZOR. Ob. Cit., p. 258.
[1020] En ocho oportunidades el Tribunal Constitucional ha abierto procesos de oficio para ejercer el control represivo de constitucionalidad de un precepto legal, conforme lo autoriza la norma mencionada, procediendo a dicha declaratoria en siete casos y desestimándola en uno. Por otro lado, este control se ha promovido vía acción pública en cinco ocasiones, estimándose la pretensión de inconstitucionalidad sólo en una de ellas. En suma, las ocho declaratorias de inconstitucionalidad proferidas por dicha magistratura, en ejercicio de esta atribución, son las siguientes: a) Vía proceso de oficio: STC Roles 681, 1345, 1710, 6597, 12415, 12305, 12.345; b) Vía acción pública: Rol 1254.
[1021] Constitución Política de la República. Artículo 93, inc. 12°. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Artículos 93 y 94.

4.4. Propuestas para optimizar la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile

Las propuestas de optimización que se plantean, seguirán la misma lógica que ha animado toda la presente investigación, dividiéndose, sólo para fines metodológicos, según se encuentren más orientadas a la garantía subjetiva u objetiva de los derechos fundamentales. No obstante, debe reiterarse que dicha escisión sólo se formula para seguir el esquema argumentativo que se ha propuesto, sin que sea posible, en la práctica, trazar una frontera rígida entre ambas dimensiones iusfundamentales, pues no constituyen dos realidades incomunicadas, sino dos caras de una misma moneda. Las dimensiones individual y supraindividual de los derechos fundamentales, que representan concreción y abstracción, respectivamente, viven la una en la otra y se refuerzan recíprocamente, tal como señalara GARCÍA PELAYO[1022].

Desde una perspectiva procesal, tal diferenciación es posible de formular con mayor nitidez, en la medida que los dispositivos e institutos de esa naturaleza tienden a evidenciar una inclinación hacia la satisfacción de derechos subjetivos, por un lado, o hacia la vigencia del derecho objetivo, por otro, sin perjuicio de lo cual -como ya se dijo- ambas finalidades no se excluyen recíprocamente, sino que son complementarias. La defensa de los derechos fundamentales de una persona o grupo determinado implica, al mismo tiempo, la preservación del orden constitucional y viceversa.

4.4.1. Optimización de la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile

La garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile se construye sobre cuatro niveles o capas de protección. El primer nivel, relativo a la protección que brindan los órganos judiciales en todos los procesos de que conocen, exhibe algunos déficits funcionales, principalmente en materia recursiva y de tutela cautelar, y orgánicos, en lo tocante a la carencia de una jurisdicción contencioso-administrativa general. En el segundo nivel, se ha detectado que el Tribunal Constitucional puede ejercer control de normas a petición de los particulares, pero sus fallos no siempre son acatados por los órganos judiciales, además de carecer dicha magistratura de vías para controlar la observancia de su doctrina jurisprudencial. En el

[1022] GARCÍA PELAYO. Ob. Cit., 1981, p. 33.

tercer nivel, existe una serie de amparos especiales, de rango constitucional y legal, cuyo ámbito de aplicación, en la mayoría de los casos, interseca con el de la acción constitucional de protección, erigiéndose ésta en una tutela alternativa a tales remedios y, en algunos casos, también a los procesos ordinarios. En el cuarto nivel, la acción constitucional de protección, que se considera el amparo general y extraordinario del derecho chileno, posee rasgos estructurales (autonomía, sujeto pasivo amplio, marcada orientación legalista e incierto régimen probatorio) que fomentan su utilización desmedida y, con ello, desdibujan la articulación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, tornando disfuncional la administración de justicia chilena.

En tal sentido, existen ajustes orgánicos y procedimentales que el legislador chileno debe realizar para subsanar las deficiencias que presentan los cauces ordinarios, pues su ausencia o inadecuación repercute directamente en la sobreutilización de la jurisdicción constitucional de la libertad chilena. También cabe, en la superación de estos déficits, una importante tarea a los jueces y tribunales, y especialmente, a la Corte Suprema. La discusión sobre la forma y sustancia de tales arreglos es más propia de la ciencia jurídica procesal que de la constitucional, sin perjuicio que esta última está llamada a jugar un importante rol, no sólo por la irradiación de los derechos fundamentales sobre esta disciplina, sino también porque los medios procesales específicos que garantizan los derechos fundamentales deben encontrarse debidamente articulados con los remedios ordinarios, de modo que la administración de justicia opere coordinadamente.

En lo que toca a la jurisdicción constitucional de la libertad, postulamos que no hay manera de que el sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile pueda optimizarse, sin antes ajustar la acción constitucional de protección, que constituye su elemento central y, también, el más distorsivo. Correlativamente, cualquier modificación que se realice a dicho instrumento procesal afectará todo el sistema chileno de amparos y, también, tendrá impacto en una multiplicidad de procesos ordinarios, que actualmente entroncan con aquél.

Las principales modificaciones que, a nuestro juicio, debe experimentar la acción constitucional de protección, se vinculan a: 1) su autonomía, 2) al protagonismo que juega la legalidad ordinaria en su resultado, 3) a su procedencia frente a todo tipo de particulares, y 4) a su régimen probatorio. Para poner en marcha algunas de estas reformas, debería mediar una reforma constitucional, mientras que otras pueden ser

alcanzadas mediante la modificación de regulaciones infraconstitucionales o incluso, a través de nuevos criterios interpretativos por parte de la judicatura.

Todo lo anterior debe entenderse, además, considerando que una urgencia en la materia es que la normación de este instituto sea realizada por el legislador democrático, respetando los estándares de un justo y racional procedimiento, debiendo abandonarse la práctica de que los tribunales superiores regulen la ritualidad procesal a través de sus facultades económicas. Tal práctica, a pesar de sus buenas intenciones, resulta constitucionalmente objetable y puede estar asociada al activismo detectado en esta sede[1023], pues, en ella, la Corte Suprema ostenta un rol que va más allá de la sola adjudicación y que puede estar fomentando un empoderamiento mayor al que se observa en otras áreas.

4.4.1.1. El proceso originado por la acción de protección debe dejar de ser autónomo

La autonomía de la acción constitucional de protección, entendida como la posibilidad de iniciar un proceso de esta naturaleza sin agotar previamente otros cauces disponibles para plantear el mismo asunto[1024], ha generado una enorme distorsión en el modelo chileno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, la posibilidad de interponer siempre la acción constitucional de protección, incluso sin haber agotado previamente otras vías procesales disponibles, permite que ésta se erija en una tutela paralela a casi todos los otros amparos y, también, a algunas acciones ordinarias. Su posición, procesalmente más ventajosa, desde que tiene una tramitación sumarísima, desformalizada y no requiere patrocinio de abogado, entre otros rasgos, incentiva su utilización desmedida.

Asimismo, el efecto radiante de los derechos fundamentales ha asentado su ubicuidad en todo orden normativo y relación jurídica. Dicha *vis expansiva*, en el caso chileno, se ha traducido procesalmente en una *vis atractiva* de la acción de protección, en

[1023] El Observatorio Judicial concluyó, a principios de 2024, que la acción constitucional de protección es el instrumento mediante el cual la Corte Suprema despliega su mayor activismo. OBSERVATORIO JUDICIAL. *El recurso de protección como instrumento del activismo judicial*; 14 de marzo de 2024. Disponible en: https://observatoriojudicial.org/2024/03/el-recurso-de-proteccion-como-instrumento-del-activismo-judicial-es-el-titulo-de-un-informe-publicado-por-el-observatorio-judicial/ (fecha de visita: 26 de marzo de 2024).

[1024] Ver el acápite 4.2.4.1.1.3 de este trabajo, en relación al proceso de protección, y que se titula: "Proceso autónomo".

virtud de la cual, la resolución de muchas controversias no se canaliza a través de las vías procesales diseñadas para tal propósito, sino, primeramente, a través del señalado remedio constitucional. Así, más que el bien escaso que proponían WAHL Y WIELAND[1025], la jurisdicción constitucional de la libertad chilena, con el recurso de protección a la cabeza, aparece como la punta de lanza de la administración de justicia: un remedio que vale la pena intentar y que, sólo en caso de no tener éxito, obliga a recurrir a las vías procesales ordinarias o especiales que permiten encauzar la misma discusión hacia un proceso de cognición más lata y completa, pero más lento y procedimentalmente menos ventajoso que aquélla.

En los ordenamientos comparados, no sólo de Europa, sino también de América Latina, esta anómala situación se ha prevenido mediante la instauración de los filtros procesales de definitividad, subsidiariedad, residualidad y/o supletoriedad[1026], todos los cuales, a pesar de sus diferencias específicas, buscan garantizar la exclusividad de la jurisdicción constitucional de la libertad, esto es, que sus mecanismos específicos no sean empleados para asuntos que no sean estrictamente iusfundamentales. Tal es una deficiencia precisa que exhibe el modelo chileno, en la medida que la jurisdicción constitucional de la libertad, a través del recurso de protección, resuelve muchos conflictos de relevancia jurídica, a través de un proceso desformalizado y célere, sin que necesariamente éstos se vinculen a una lesión directa de derechos fundamentales.

Por tal motivo, únicamente en la medida que la acción de protección deje de originar un proceso autónomo o independiente de la existencia de otros cauces procesales, sin necesidad de éstos se agoten en forma previa, su rito procesal diferenciado y altamente conveniente, seguirá estimulando una masiva litigación, por su intermedio, respecto de asuntos que sólo indirectamente se relacionan con uno o más derechos fundamentales, pero que encontrarían una respuesta jurisdiccional más acorde a su naturaleza, si se recondujeran a los procesos específica o genéricamente concebidos para ellos.

La implementación de filtros procesales en la jurisdicción constitucional de la libertad chilena se intentó, con algunos escollos técnicos en su formulación, en la propuesta de nueva Constitución de 2022, cuyo artículo 119 establecía un mecanismo de amparo extraordinario de naturaleza residual, que sería procedente "cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su

[1025] WAHL y WIELAND. Ob. Cit., p. 35.
[1026] Ver el apartado 2.2.4.3 de este trabajo, denominado: "Principio de exclusividad de los amparos: filtros procesales".

derecho, salvo aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, pueda provocarle un daño grave inminente o irreparable"[1027]. A pesar de que el texto que contenía dicha propuesta resultó ampliamente rechazado por la ciudadanía, la inclusión de una cláusula de esta naturaleza da cuenta de existir alguna conciencia a nivel institucional en Chile, en torno a que la excesiva apertura de la acción de protección es un problema que amerita tratamiento y que puede acotarse mediante el establecimiento de filtros procesales.

Por otra parte, conviene tener presente, en cuanto a las obligaciones internacionales del Estado chileno, que, aunque el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos exige que exista un recurso judicial "sencillo y rápido", además de "efectivo" que *ampare* a las personas "contra actos que violen sus derechos fundamentales", tal obligación no necesariamente supone que si un ordenamiento cuenta con un específico tipo de mecanismo procesal que se denomine "amparo" o que cumpla tal función, éste deba reunir tales condiciones. En otras palabras, el "derecho humano al amparo" que establece dicho instrumento convencional implica la posibilidad de que toda persona pueda "obtener la protección o tutela judicial de sus derechos"[1028], obligación que puede colmarse a través de diversos remedios procesales como incidentes o medidas cautelares que, siendo sencillos, rápidos y efectivos, permitan la defensa de los derechos fundamentales y no suponen indefectiblemente que, si existen procesos especiales de amparo, éstos deban reunir, también, tales rasgos procedimentales.

En el sentido anterior, un proceso de amparo residual o que funcione bajo una lógica de subsidiariedad prospectiva, esto es, aquella que condiciona el acceso a la tutela constitucional a la "no-disponibilidad de otras vías procesales como presupuesto de admisibilidad"[1029] sería perfectamente compatible con las obligaciones internacionales del Estado chileno, a la luz del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida que, a través de medidas cautelares o incidentes, ordinarios o especiales, pueda brindarse una primera tutela sencilla, rápida y efectiva a los derechos fundamentales, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre el fondo de la controversia iusfundamental.

[1027] Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022. Artículo 119.2.

[1028] AYALA CORAO, Carlos Manuel. "Configuración del amparo como un derecho humano internacional: el aporte de México". En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC GREGOR POISOT, Eduardo (coord.) *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional*. Ciudad de México: UNAM Ediciones, 2017, pp. 56.

[1029] VOGT GEISSE, Thomas. "El sentido de una tutela judicial de derechos fundamentales de carácter subsidiaria". *Ius et Praxis*, vol. *29*, N° 2, 2023, p. 81.

Adicionalmente, como indica VOGT, una tutela residual o basada en la subsidiariedad prospectiva, "permite realizar de mejor forma las funciones orgánica, integradora y económica de una tutela de derechos fundamentales", lo cual permite reforzar "la jurisdicción ordinaria o administrativa (sea cautelar o declarativa) en su tarea preferente" de resguardarlos[1030].

No obstante, como ya se dijo, una solución de este tipo, conforme al tenor literal del artículo 20, inciso 1°, parte final de la Constitución requiere, para su implementación, de una reforma constitucional. Ello, pues del tenor literal de la expresión "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" que emplea el citado precepto, se desprende que la autonomía de la acción buscaba erigirla en una tutela paralela a cualquier otro cauce procesal, radicando la elección exclusivamente en el actor[1031].

4.4.1.2. El resultado de la acción de protección no puede continuar dependiendo de la demostración de una contravención a la legalidad ordinaria

Como se señaló latamente en los apartados respectivos, la legalidad ordinaria juega un rol trascendental en la acción de protección, al punto de que -como afirma SILVA IRARRÁZAVAL- por su intermedio puede inhibirse la aplicación de la Constitución[1032]. Ello se refuerza por una tendencia de los tribunales superiores a indagar, primero, si la conducta impugnada tiene una justificación en las leyes y sólo en ausencia de ello, declarar que existe una lesión a los derechos fundamentales.

La práctica antes descrita se nutre de la existencia de una doble exigencia de antijuridicidad entre los presupuestos de la acción constitucional de protección[1033], pues, además de la contravención a derecho materializada en la vulneración de derechos fundamentales, el artículo 20, inciso 1° de la Constitución demanda que ella tenga su origen en un acto u omisión "arbitrario o ilegal", en el caso de la acción de protección general y sólo "ilegal" en el caso de la medioambiental, regulada en el inciso 2° del citado precepto. En ambos casos, tanto la ilegalidad como la arbitrariedad se juzgan teniendo

[1030] Ibídem, p. 79.
[1031] SOTO KLOSS. Ob. Cit., 1982, p. 400.
[1032] SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2009, p. 88.
[1033] GÓMEZ BERNALES. Ob. Cit., p. 19.

como parámetro central el derecho legislado, pues el razonamiento judicial, en sede de protección, normalmente sigue -como indica CAZOR- el modelo dogmático del "legislador racional"[1034].

Debe tenerse presente, además, que existe una dificultad inherente al intentar escindir, en general, la constitucionalidad de la legalidad como parámetros y, especialmente, en lo relativo a los derechos fundamentales, los que, si bien son proclamados por el constituyente, están encomendados en cuanto a su desarrollo, en forma primaria, al legislador democrático. Así, constitucionalidad y legalidad, en esta materia, se integran estrechamente. Ello cobra aún más fuerza en el caso de los llamados "derechos de configuración legal", en que el predominio del legislador es notorio, al punto de que la proclamación constitucional no puede comprenderse sin referencia a la normación de desarrollo del respectivo derecho fundamental.

No obstante, lo anterior no implica que cualquier tipo de legalidad pueda cobrar relevancia cuando los jueces se pronuncian en sede de amparo. En efecto, tal como se sostuviera en el acápite dedicado a dicho asunto[1035], el parámetro aplicable en los amparos debe ser primordialmente la norma constitucional y, en la medida que el sujeto pasivo no sea el legislador, también la legislación de desarrollo de los derechos. De ese modo, la cabida del derecho legislado en estas acciones sólo se restringe a las normas que constituyen el régimen legal de los derechos en juego y no se extiende a aquellas que deben orientar la labor adjudicadora de otros jueces y tribunales, en el marco de sus respectivas competencias.

El punto anterior es uno de importancia crucial para comprender y, a la vez, abordar los problemas del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile. Ello, pues, en el razonamiento comúnmente empleado por los jueces en la acción constitucional de protección, no suele distinguirse el tipo de legalidad en cuya virtud se resuelve, lo que ha contribuido a que muchos conflictos ordinarios puedan encontrar cabida en esta sede, a pesar de su escasa o nula trascendencia constitucional. De esa manera, una infracción a la legalidad cualquiera cumple, en principio, el estándar exigido por el artículo 20 de la Constitución para configurar una conducta antijurídica reprensible por esa vía, lo que, sumado a la menguada importancia

[1034] CAZOR ALISTE, Kamel. "El fenómeno de la constitucionalización del derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales". En: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.) *La constitucionalización del derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 43.
[1035] Ver apartado 2.2.2.3. de este trabajo, denominado: "Tercer elemento: el parámetro de control aplicable en los amparos".

que tiene la lesión de derechos fundamentales en la práctica de la acción, ha colaborado en ensanchar el abanico de asuntos que pueden ventilarse por intermedio de esta vía de amparo.

La corrección de este desajuste podría realizarse, indudablemente, a través de la supresión de los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad de la conducta del texto del artículo 20 de la Constitución. Sin embargo, también podrían los tribunales superiores enmendarlo, a través de una interpretación que resignifique de tales presupuestos, entendiéndolos referidos exclusivamente a la infracción de la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales en juego (ilegalidad) o al apartamiento injustificado de la jurisprudencia consolidada sobre éstos (arbitrariedad). De ese modo, podría evitarse que la carencia de una reforma constitucional expresa, impida devolver a esta sede a su verdadera vocación como cauce tutelar exclusivo para los derechos fundamentales.

4.4.1.3. La acción constitucional de protección no puede proceder, como regla general, en contra de particulares

La posibilidad de que los procesos de amparo puedan enderezarse en contra de particulares ha sido reconocida, con cada vez mayor amplitud, en diferentes ordenamientos. Desde la concepción clásica, en que los derechos fundamentales sólo podían exigirse jurisdiccionalmente contra el Estado, hasta la comprensión actual, que admite la posibilidad de oponer ciertas pretensiones contra sujetos privados en base a tales derechos, ha operado una radical transformación procesal, cuyas implicancias sustantivas no siempre han sido debidamente sopesadas.

La necesidad de dispensar tutelas urgentes y privilegiadas en ciertos contextos, ha estimulado a distintos ordenamientos a admitir que las vías de amparo puedan dirigirse ampliamente en contra de particulares. No obstante, esa decisión del legislador procesal, adoptada por razones de conveniencia o necesidad, puede acarrear consecuencias materiales de difícil encuadre en los postulados de la teoría general de los derechos fundamentales.

De todas formas, en el ordenamiento chileno, la acción de protección ha sido admitida, desde temprano, como una forma de tutela contra particulares. Su cercanía genealógica con el amparo argentino, el que, desde sus inicios, ha sido procedente en

contra de sujetos privados[1036], probablemente haya jugado un rol clave para que la judicatura chilena no encontrara obstáculos en admitir tal posibilidad.

Si, al cuadro anterior, se añade que, por intermedio de la acción de protección puede plantearse un amplio espectro de conflictos de orden meramente legal, dado el predominio que ostentan los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad en el razonamiento que emplean los jueces y, además, se tiene en cuenta que aquélla opera como una tutela paralela a otras vías procesales, ordinarias o especiales, la procedencia contra particulares se transforma en el tercer elemento de la triada de caracteres procesales que han permitido convertir al amparo extraordinario del derecho chileno, en la práctica, en un anómalo y masivo proceso contencioso de derecho común. En otras palabras, dado que la acción de protección se basa mayoritariamente en controversias de derecho común, resolubles en base a criterios de simple legalidad, puede interponerse siempre entre particulares y constituye una vía paralela a otros procesos jurisdiccionales, resulta difícil visualizarla como un verdadero amparo de derechos fundamentales, pero no tanto como un contencioso de legalidad entre sujetos privados, similar a aquellos de que conocen los jueces civiles. De allí, que profesores como ATRIA o LETURIA, no vean grandes diferencias funcionales entre la acción de protección y un interdicto posesorio[1037] o una medida precautoria civil[1038].

Por lo anterior, la acción constitucional de protección, en tanto amparo extraordinario del derecho chileno, no puede proceder, a todo evento, entre particulares, pues ello fomenta su utilización en reemplazo de otras acciones, especialmente, de aquellas propias del derecho privado.

Del modo anterior, la restricción en el acceso a esta sede constitucional para ventilar conflictos entre particulares, podría venir dada en términos sustantivos o procesales. En el primer caso, podrían replantearse las hipótesis materiales en que un particular deba considerarse autor de una lesión de los derechos fundamentales de otro, sea circunscribiéndolo a situaciones en que aquél se encuentre en una posición de

[1036] No debe olvidarse que el denominado "caso Kot", mencionado previamente en este trabajo y que, junto al "caso Siri", constituye uno de los antecedentes del amparo argentino, traía causa de un conflicto entre trabajadores de una fábrica textil y sus dueños. Así, desde sus orígenes, dicho instituto argentino ha sido procedente entre particulares, sin mayores complejidades. Esa posibilidad se consolidó por la vía legislativa, mediante la reglamentación legal del amparo, aprobada en 1996 y, por vía constitucional, a través de la reforma de 1994 que elevó este remedio procesal a la Carta Fundamental. Ver más en MARANIELLO. Ob. Cit., p. 12.

[1037] ATRIA LEMAITRE, Fernando. "El sistema de acciones reales, parte especial: los interdictos posesorios." *Revista chilena de derecho privado*, vol. 30, 2018, p. 11 y NP 5.

[1038] LETURIA. Ob. Cit., pp. 237-241.

superioridad fáctica en relación con éste, sea cuando el primero cumpla una función pública o equivalente a aquéllas que realiza el Estado[1039] o bien, cuando se trate de determinados derechos fundamentales cuyo destinatario pueda, también, ser un privado. En el segundo supuesto, esto es, una restricción por vía procesal, la subsidiariedad prospectiva o residualidad prestaría utilidad, en el sentido de que los particulares, antes de formular sus conflictos a través de la acción de protección, deberían acudir a los cauces procesales ordinarios diseñados para tal propósito y sólo a falta de éstos, podrían disponer de este remedio extraordinario, ocupando las posiciones de sujetos procesales activo y pasivo, a la vez.

Indistintamente de la solución que se adopte, la acción de protección no puede continuar siendo una vía libre para que los particulares agiten controversias los unos en otra de los otros, especialmente si éstas tienen una clara respuesta en la ley y poseen cauces procesales propios, pues la jurisdicción constitucional de la libertad, tanto por su objeto y por la estructura de los procesos que la integran, así como por las facultades que asisten a los jueces que la ejercen, ha sido ideada para la protección de los intereses supremos de la persona y no para otro tipo de negocios jurídicos.

4.4.1.4. El proceso originado por la acción constitucional de protección debe tener un régimen probatorio claro y definido

El proceso constitucional de protección carece de reglas probatorias claras. En efecto, el auto acordado que regula la materia sólo se refiere a este punto en tres ocasiones: 1) en el numeral 3°, al indicar que el recurrido, junto con evacuar su informe, deberá remitir "todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso"[1040]; 2) en el numeral 5°, que señala que la Corte de Apelaciones respectiva apreciará los antecedentes agregados al proceso conforme a las reglas de la sana crítica y que ésta podrá decretar "todas las diligencias" que estime necesarias[1041]; y 3) en el

[1039] Como se discutió en el acápite respectivo, éstas suelen ser las hipótesis sustantivas bajo las cuales se admite que los particulares puedan lesionar los derechos fundamentales de otros particulares, en aquellos sistemas que reconocen la eficacia horizontal con limitaciones o bien, en los que sólo admiten la eficacia vertical. Ver, al efecto, el punto 2.2.2.2.2. de este trabajo, denominado: "La eficacia horizontal procesal de los derechos fundamentales y sus dispares alcances".
[1040] Acta 94-2015. Artículo 3°.
[1041] Ibídem. Artículo 5°.

numeral 8°, que prescribe que la Corte Suprema "podrá solicitar de cualquier autoridad o persona los antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto"[1042].

Como puede apreciarse, la reglamentación procesal de la acción de protección no especifica los medios de prueba que pueden allegarse al proceso. No obstante, en vista de que el rito procesal regulado en el auto acordado carece de un término probatorio[1043], resulta más o menos claro que debe tratarse de "antecedentes" que no requieran ser producidos en estrados, como ocurre con la prueba testimonial, la pericial y la confesional.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente, que la acción de protección no es procedente si el actor no hace valer derechos "preexistentes" e "indubitados". Esa expresión, a juicio de la profesora MACHADO MARTINS, "quiere decir que el requirente tiene el *onus* o la carga procesal de probar su pretensión documentalmente en conjunto con la presentación de la demanda de protección, pues en los procedimientos de naturaleza sumarísima no hay término probatorio"[1044]. En otras palabras, aunque el auto acordado no lo diga expresamente, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales canalizadas a través de la acción de protección deben poderse acreditar suficientemente, mediante prueba instrumental o documental, lo que, si no es posible, redundará en que los tribunales la desestimen.

Sin embargo, lo anterior da pie a un importante nivel de discrecionalidad de los tribunales superiores, los que, ante la falta de prueba documental, pueden limitarse a rechazar la acción o bien, hacer uso de las facultades que les franquean los artículos 5° y 8° del auto acordado, respectivamente, decretando diligencias que ayuden a clarificar los hechos del proceso que no queden suficientemente acreditados con los instrumentos aportados por las partes.

Por otra parte, en base al tipo de las probanzas que resultan admisibles, podría concluirse que los conflictos de carácter altamente técnico o aquellos que requieran la producción de un importante acervo probatorio debido a su complejidad, no deberían ser examinados en esta sede y habrían de reconducirse a otras vías procesales que posean un régimen probatorio más completo. Sin embargo, es posible constatar cómo las Cortes han resuelto, sin divisar mayores escollos técnico-probatorios, conflictos de profunda

[1042] Ibídem. Artículo 8°.
[1043] LARROUCAU TORRES, Jorge. *La tutela judicial de los derechos fundamentales*. Santiago: Der, 2021, p. 177.
[1044] MACHADO MARTINS. Ob. Cit., p. 750.

complejidad fáctica o técnica, como la determinación de la cantidad de estacionamientos que puede tener un centro comercial para no comprometer la seguridad vial y la calidad de vida de los vecinos del sector[1045] o el carácter intolerable de los niveles de contaminación presentes en el agua, suelo y aire de una agrupación de comunas, así como los efectos que ello produciría en la salud de sus habitantes[1046]. De esta forma, se hace difícil comprender la manera en que los tribunales administran, en la práctica, las restricciones probatorias de este cauce procesal, pues, mientras en la mayoría de los casos, éstas son invocadas como fundamento para rechazar un nutrido número de acciones, en otros tantos, ello no ha sido obstáculo para decidir controversias de ostensible complejidad.

Así, puede afirmarse, sin temor a equivocaciones, que el fenómeno antes descrito es uno de los que tiene mayor incidencia en la imprevisibilidad que caracteriza a la acción de protección, pues resulta imposible tener certeza de antemano, en un caso determinado, si los tribunales estimarán que las restricciones probatorias de esta vía procesal tornan impracticable pronunciarse sobre el fondo o si, por el contrario, ellas no constituyen óbice para la emisión de una decisión respecto de la controversia.

Por lo expuesto, conviene que el régimen probatorio de la acción de protección sea clarificado, principalmente, con el propósito de permitir que pueda evaluarse anticipadamente la viabilidad de incardinar determinadas pretensiones a través de ella, brindando un mayor nivel de previsibilidad a esta sede constitucional. Lo anterior puede cumplirse a través de dos vías: por un lado, adoptando explícitamente un modelo probatorio que admita sólo la procedencia de la prueba documental, de modo que los asuntos que requieran la aportación de otro tipo de medios de convicción deban ser reencauzados a vías procesales diversas o, por otro, estableciendo un término probatorio que, indistintamente de su duración reducida, permita la rendición de todo tipo de probanzas.

En cuanto a la primera posibilidad, esto es, la limitación de las pretensiones a ventilar mediante la acción constitucional de protección sólo a aquellas que puedan ser acreditadas mediante instrumentos, esta es la opción que ha tomado Brasil, a través del

[1045] CORTE SUPREMA. Rol 6029-2017. *Álvarez Alquinta Cristián y otros con Secretario Regional Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Cuarta Región de Coquimbo*; 27 de febrero de 2018. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).
[1046] CORTE SUPREMA. Rol 170273-2022. *Pizarro con Ministerio Del Medio Ambiente (acumulada)*; 26 de mayo de 2023. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).

mandado de segurança (mandamiento de seguridad), instituto que constituye su amparo extraordinario. Dicho remedio es improcedente para plantear cualquier asunto cuyo sustrato fáctico no pueda comprobarse a través de prueba documental[1047], de manera que, si ello no es posible, deberá optarse por otro cauce procesal. En el caso chileno, una restricción probatoria de ese tipo fue expresamente adoptada en relación a las medidas cautelares que se solicitan de los Tribunales Ambientales, conforme al artículo 24, inciso 5° de la Ley 20.600[1048].

Sobre la segunda posibilidad y, a pesar de que la propuesta de abrir un término probatorio que se desarrolle íntegramente ante los tribunales superiores podría causar alguna perplejidad entre los operadores jurídicos, dado que aquéllos actúan normalmente como tribunales de segunda instancia y casación, debe remarcarse que esta situación ya se presenta, en la actualidad, en ciertos contenciosos especiales. De hecho, en el reclamo de ilegalidad municipal, procedimiento especial que tiene lugar ante las Cortes de Apelaciones como tribunales de primera instancia, conforme al artículo 151, letra f) de la Ley Orgánica de Municipalidades, dichas magistraturas pueden abrir un término probatorio, si lo estiman necesario[1049]. Igual situación se presenta en el reclamo de ilegalidad previsto por la Ley de Transparencia, contencioso cuya sustanciación tiene lugar, en primera instancia, ante las Cortes de Apelaciones y en el que, conforme al artículo 30, inciso 3° del citado cuerpo legal, se permite a dichos tribunales abrir un término probatorio que no puede exceder de siete días[1050]. Ambos ejemplos, sumados a otras normas que permiten la rendición de prueba ante las Cortes de Apelaciones, confirman la viabilidad de una reforma en este sentido.

[1047] GONZAGA y VIEIRA. Ob. Cit., p. 545.
[1048] La citada norma dispone: "En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa." Ley 20.600. Artículo 24, inciso 5°.
[1049] La norma respectiva prescribe: "f) La Corte dará traslado al alcalde por el término de diez días. Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento Civil." Decreto con Fuerza de Ley 1/2006, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; 26 de julio de 2006. Artículo 151, letra f). Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=251693 (fecha de visita: 11 de noviembre, 2023).
[1050] El precepto citado establece: "La Corte podrá, si lo estima pertinente, abrir un término probatorio que no podrá exceder de siete días, y escuchar los alegatos de las partes." Ley 20.285, sobre acceso a la información pública; 20 de agosto de 2008. Artículo 30, inciso 3°. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=276363 (fecha de visita: 11 de noviembre, 2023).

4.4.2. Optimización de la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en Chile

Reiterando una idea transversal en este acápite, las garantías jurisdiccionales subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, no constituyen tareas o aristas incompatibles o fácilmente diferenciables, desde que una no es posible sin la otra. Sin perjuicio de ello, atendida la finalidad principal que los institutos procesales persiguen, es posible colegir si éstos exhiben un mayor interés en la vigencia de la norma objetiva, su unidad o coherencia interpretativa y/o su correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales por un lado o si están más orientados a la preservación o restablecimiento de una posición jurídica del titular, asilada en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, por otro. En relación a los institutos que persiguen esta última finalidad en materia de derechos fundamentales, se han formulado propuestas concretas en el acápite anterior.

En relación a la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en Chile, cabe insistir que ésta constituye el talón de Aquiles del sistema, desde que, tal como señala unánimemente la doctrina chilena, la construcción de una dogmática sobre los derechos fundamentales es una tarea aún pendiente[1051]. Si bien, existe un diagnóstico más o menos generalizado sobre este problema, ni la academia, ni los poderes constituidos han puesto el mismo ahínco en construir una alternativa para su superación. En tal sentido, las propuestas que se formulan a continuación, pretenden contribuir en esa misión.

4.4.2.1. Debe establecerse expresamente un supremo intérprete de los derechos fundamentales

El ordenamiento chileno otorga la labor de interpretar los derechos fundamentales a diversos órganos jurisdiccionales, a través de competencias dispersas. De ellos, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema se encuentran en una posición de superioridad jerárquica al interior del Estado y en contra de las resoluciones de ambas no procede recurso alguno[1052]. Sin embargo, ninguno tiene atribuida, en la Constitución, en

[1051] Ver, por todos: CAZOR y ROJAS. Ob. Cit., 182; NOGUEIRA. Ob. Cit., 2010, p. 271; VOGT. Ob. Cit., p. 79; SILVA IRARRÁZAVAL. Ob. Cit., 2009, pp. 88-89.

[1052] En tal sentido, el artículo 94, inciso 1° de la Constitución establece: "Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido." A su turno, el artículo 97, inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales estatuye: "Las sentencias que dicte la Corte Suprema al fallar los

la ley o en la práctica, la calidad de supremo intérprete de los derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Constitucional español, que expresamente ostenta dicha posición en virtud de lo estatuido en los artículos 123 de la Constitución y 1° de su Ley Orgánica.

En el caso chileno, como ya se ha explicado, el Tribunal Constitucional carece de competencias para pronunciarse sobre los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional de la libertad, agotándose el conocimiento y resolución de éstos ante la Corte Suprema. Alguna incidencia en la materia, pueden tener los fallos librados por dicha magistratura, a raíz del control de normas ejercido a través de la acción de inaplicabilidad, la de inconstitucionalidad de leyes o el control de autos acordados. No obstante, dado que las sentencias dictadas en esas sedes no resuelven el fondo de las controversias, sino un aspecto de capital trascendencia, pero meramente incidental en ellas, se torna difícil concebir que, en ejercicio de tales atribuciones, el Tribunal Constitucional pueda fungir como supremo intérprete de los derechos fundamentales. Refuerza lo anterior, el hecho de que las sentencias dictadas por dicha magistratura, para su cumplimiento, requieran de una colaboración de los órganos judiciales, que éstos no siempre están dispuestos o en condiciones de prestar[1053].

Por otro lado, las consideraciones que el Tribunal Constitucional vierte en sede de control preventivo de constitucionalidad (artículos 93 N° 1 y 3 de la Carta chilena) no suelen desplegar mayor influencia en los razonamientos de la justicia ordinaria. Tal situación, a nuestro juicio, se debe principalmente a la carencia de una norma que haga vinculante la hermenéutica constitucional desarrollada por dicha magistratura a los órganos judiciales. En comparación, el ordenamiento español establece, en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que los jueces ordinarios interpretarán la Constitución "y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"[1054]. Asimismo, las consideraciones libradas en esa sede suelen tener importancia práctica

recursos de casación de fondo y forma, de nulidad en materia penal, de queja, de protección y de amparo, así como la revisión de sentencias firmes, no son susceptibles de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación y enmienda que establece el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil."

[1053] Ver, por todos: NÚÑEZ POBLETE. Ob. Cit., p. 64; y VALENZUELA VILLALOBOS. Ob. Cit, pp. 72-81.

[1054] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 5.1.

mayormente para las funciones propias de un control abstracto, tarea a la que no está llamada ningún otro órgano diferente del propio Tribunal Constitucional.

Por último, se hace difícil concebir que el Tribunal Constitucional pueda erigirse en el supremo intérprete de los derechos fundamentales, si sus decisiones en la materia no son explícitamente vinculantes para la Corte Suprema y, además, si este último tribunal, se considera competente para revisar los fallos de aquél.

Sobre la no vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional, no han sido pocos los casos en que la Corte Suprema ha desatendido, en forma expresa, decisiones de éste. A mayores, algunos jueces de la Corte Suprema han llegado a afirmar que las sentencias del Tribunal Constitucional no son obligatorias, como aconteció, por ejemplo, en el voto particular del ministro Carlos Aránguiz y el abogado integrante (hoy, ministro) Jean Pierre Matus, en la sentencia Rol 2925-2017. En dicha oportunidad, los citados miembros del tribunal estuvieron por eliminar la referencia hecha en la decisión de mayoría, a una resolución del Tribunal Constitucional sobre el mismo asunto, por considerar que éste es "un tribunal político (en el estricto sentido de la palabra) y sus fallos no pueden constituir fuente de jurisprudencia para el Tribunal Máximo de la República como es la Corte Suprema"[1055].

Respecto de la competencia de la Corte Suprema para revisar decisiones del Tribunal Constitucional, en el polémico fallo de protección Rol 21027-2019, dictado por la primera, se razonó que, sin perjuicio de que este último goza de independencia y autonomía en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordenamiento, "las actuaciones del órgano, llevadas a cabo al margen de las atribuciones entregadas por la ley o la Constitución, pueden ser controladas por la vía jurisdiccional mediante esta acción constitucional"[1056].

A pesar de que, las dos sentencias antes citadas, constituyen excepciones en las armónicas relaciones institucionales que tradicionalmente han cultivado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, de todos modos, en ambas decisiones subyace la idea de una preeminencia que ésta reivindica para sí. Ello, en relación a la adjudicación sobre derechos fundamentales, no dista tanto de la realidad, en la medida que la Corte Suprema es el órgano jurisdiccional que se pronuncia, en último término, sobre los institutos

[1055] CORTE SUPREMA. Rol 2925-2017. *Sepúlveda San Martín Silvia Alejandra con Isapre Colmena Golden Cross S.A*; 8 de junio de 2017, prevención del Ministro Aránguiz y el Abogado Integrante Matus.
[1056] CORTE SUPREMA. Rol 21027-2019. *Confederación Nacional de Funcionarios con Tribunal Constitucional*; 7 de octubre de 2019, considerando 5°.

propios de la jurisdicción constitucional de la libertad y, también, en el que se agota la vía jurisdiccional interna. Sin embargo, si se postula que dicha magistratura ostentaría la posición de supremo intérprete de los derechos fundamentales, cabría observar que, dada la masividad de pronunciamientos que ésta debe librar, dado el amplio acceso que se tiene a ella, especialmente, a través de la acción constitucional de protección, resulta difícil encontrar líneas jurisprudenciales estables en la materia, siendo la variabilidad, la única constante en su labor hermenéutica.

En torno a lo anterior, disentimos de VOGT, quien señala que la naturaleza de la acción de protección, como tutela sumaria y de urgencia, es lo que impide que la Corte Suprema, emita decisiones más ligadas al *ius constitutionis* que al *ius litigatoris*[1057]. En cambio, postulamos que es la naturaleza y amplitud del recurso por el que se accede la Corte Suprema, (apelación) lo que incide en que la cantidad de pronunciamientos que ésta deba emitir sea inabarcable, limitando el tiempo de reflexión que puede concederse a cada caso y traduciéndose, en muchas ocasiones, en la emisión de sentencias en serie, muchas de ellas con una simple declaración confirmatoria y otras que, entrando al fondo, acaban siendo contradictorias con fallos anteriores o coetáneos librados en relación al mismo asunto.

Por ello, indistintamente de la opción que tome el ordenamiento chileno y sea que deposite definitivamente la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales en la Corte Suprema o que decida trasladarla al Tribunal Constitucional, se necesita de una decisión expresa en tal sentido, acompañada de un entramado normativo que reafirme esa primacía interpretativa, a modelo de lo que sucede en el ordenamiento español. Asimismo, se requiere que el órgano convocado a satisfacer esa misión, cuente con un medio procesal idóneo que le permita controlar el apego irrestricto a su doctrina jurisprudencial sobre derechos fundamentales, con el propósito de que ésta no se convierta en letra muerta y sea efectivamente seguida por los órganos judiciales.

4.4.2.2. El supremo intérprete de los derechos fundamentales ha de contar con un cauce procesal para controlar la interpretación que, sobre éstos, realicen los demás órganos jurisdiccionales

[1057] VOGT. Ob. Cit., p. 79.

Tal como se dijera sucintamente en el apartado anterior, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales requiere de la consolidación de criterios jurisprudenciales estables respecto de sus alcances, labor que no es posible sin la existencia de un medio procesal que permita, a su supremo intérprete, elaborar líneas hermenéuticas y controlar que las que trace sean seguidas por los restantes órganos jurisdiccionales.

En tal sentido, para garantizar la sumisión del Poder Ejecutivo y Legislativo a la doctrina jurisprudencial consolidada en torno a los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad de las normas se revela como suficiente. No ocurre lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales, los que, sin un medio que propenda a la uniformidad jurisprudencial, podrían generar una dispersión de criterios que cree inseguridad jurídica, fomente el activismo y acabe minando la efectividad de los propios derechos fundamentales. Por tal razón, la instauración de un mecanismo de control de tales interpretaciones se presenta como imperativa.

Del mismo modo, el sistema de garantía jurisdiccional subjetiva, a la vez que provee a la defensa de los afectados, permite actualizar el significado de los derechos fundamentales en los casos que se ventilen ante la judicatura, con lo cual, su garantía objetiva queda, en alguna medida, igualmente satisfecha. No obstante, debe existir un órgano que tenga la última palabra en la materia y una vía procesal, a través de la cual pueda éste pueda expresarla. De otro modo, cada juez es soberano para asignar a los enunciados iusfundamentales el sentido que mejor le parezca, cristalizando un escenario de desigual aplicación del derecho. De esa manera, la función nomofiláctica aparece como consustancial a la garantía objetiva de los derechos fundamentales.

En el caso chileno, como ya se ha señalado, existen dos órganos de la más alta jerarquía (Tribunal Constitucional y Corte Suprema) empoderados para formular sus propias interpretaciones de los derechos fundamentales, sin que ninguno tenga formalmente una posición preponderante en la materia. Ello ocurre, como ya se dijo, por la falta de una atribución expresa de la función de cierre interpretativo en manos de alguno de ellos y, adicionalmente, por la inexistencia de un cauce procesal de control sobre las interpretaciones que viertan los restantes órganos jurisdiccionales.

Según se concluía más arriba, en el marco normativo chileno actual, la Corte Suprema pareciera ser el órgano que cumple parcialmente esa tarea. Empero, las vías por las cuales dicho tribunal se pronuncia, en último término, sobre los amparos de derechos fundamentales, no resultan idóneas para la función de nomofilaxis que la interpretación de éstos requiere. En efecto, la mayoría de los amparos legales llegan al conocimiento de

dicha magistratura a través del recurso de casación, cuya causal genérica es la "infracción de ley", entendida restrictivamente, como la contravención a un precepto de rango legal, o bien, del recurso de apelación, el que permite una revisión amplia, tanto de los hechos como el derecho y cuya procedencia sólo exige el agravio, entendido como la existencia de una diferencia entre lo pedido en la demanda y lo concedido en la sentencia[1058]. Así, dado que, en el primer caso, lo verdaderamente trascendente es la infracción de la legalidad, no de la constitucionalidad y, en el segundo, las posibilidades de obtener una exhaustiva nueva revisión incentivan la interposición, a todo evento, del recurso de apelación, la Corte Suprema no tiene ocasión de formular una reflexión profunda respecto de los derechos en juego.

Por todo lo anterior, como hemos dicho anteriormente, en Chile mucho se decide en nombre de los derechos fundamentales, pero muy poco se dice sobre ellos.

El panorama chileno, de esa forma, difiere diametralmente del panorama español, en que el amparo constitucional permite al Tribunal Constitucional corregir vulneraciones de derechos fundamentales, pero únicamente en la medida que el recurso que las denuncie justifique una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Esta configuración, obra de la reforma operada en 2007, tiene por objeto que el Tribunal Constitucional únicamente intervenga en aquellos casos en que, además de existir una lesión, aparezca claramente la necesidad de un pronunciamiento objetivo. Con ello, la misión primaria de garantizar que los derechos fundamentales se interpreten de un modo acorde a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional recae primeramente en la justicia ordinaria y sólo subsidiariamente en aquél. Tal diseño sólo ha sido posible, dada la importante tarea interpretativa desplegada por el Tribunal Constitucional desde su puesta en marcha y que se ha traducido en un importante acervo jurisprudencial sobre los derechos fundamentales, que ha alimentado largamente el quehacer de los tribunales ordinarios.

En el caso chileno, la ostensible carencia de una dogmática sobre los derechos fundamentales puede comenzar a ser remediada, mediante la introducción de un recurso objetivo de similar talante al amparo constitucional español, indistintamente del órgano en cuyo seno sea residenciado. Lo importante es que, a través de esta vía procesal, cuya procedencia debe ser excepcional, el supremo intérprete pueda establecer líneas jurisprudenciales que contribuyan al desarrollo de los derechos fundamentales y, de paso,

[1058] MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. *Los recursos procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 25.

enmendar las interpretaciones que realicen los restantes órganos jurisdiccionales, proveyendo un crucial insumo a su labor futura.

En esa misma línea, se enmarcan una serie de iniciativas normativas que no han prosperado hasta hoy[1059], así como las propuestas formuladas, en diferentes momentos de las últimas décadas, por los profesores chilenos BERTELSEN, RUIZ-TAGLE, NOGUEIRA, GÓMEZ BERNALES, BORDALÍ, GALDÁMEZ, RIED, DELAVEAU y BUSCH y a las que se ha hecho referencia en un apartado anterior[1060]. En todas ellas, se ha echado en falta la existencia de un mecanismo de garantía objetiva de los derechos fundamentales.

Por otro lado, se comparten las posiciones doctrinales expuestas por varios académicos, en diferentes momentos y a raíz de reformas introducidas a distintos sistemas de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en orden a que el cauce procesal de garantía objetiva podría funcionar más eficientemente si posee un régimen de admisión discrecional. En tal sentido, se concuerda con los argumentos expuestos por autores como WAHL y WIELAND[1061], FIX-ZAMUDIO[1062], DELAVEAU[1063], RUIZ-TAGLE[1064] o NOGUEIRA[1065], quienes vislumbran ventajas en un régimen de admisión similar al del *certiorari* norteamericano.

En el mismo sentido, al reformarse la *Verfassungsbeschwerde*, se encomendó a una comisión de juristas alemanes que elaborara propuestas para el mejor funcionamiento del sistema. Dicho grupo, conocido como "Comisión Benda", entre otros asuntos, recomendó que las quejas constitucionales (recursos de amparo) tuviesen un régimen de admisión discrecional[1066]. Lo anterior, en función de permitir que los jueces constitucionales decidieran los asuntos en los que su pronunciamiento resultaba necesario, evitándose, al tiempo, el desbordamiento del Tribunal Constitucional y la innecesaria destinación de tiempo a denegar recursos intentados sin mayor fundamento. A pesar de que dicha reforma, en su formulación original, no prosperó, sí puso de relieve la conveniencia de disponer de un medio procesal de libre admisión ante los jueces constitucionales, que permita a éstos intervenir en la fijación del sentido y alcance de los

[1059] Ver notas al pie N° 471 y 472.
[1060] Para revisitar este diagnóstico compartido, ver el punto 3.1.1.1. de este trabajo, titulado: "Justificación metodológica del análisis del sistema español de tutela de derechos fundamentales y de su comparación jurídica con el modelo chileno".
[1061] WAHL y WIELAND. Ob. Cit., pp. 31-35.
[1062] FIX-ZAMUDIO. Ob. Cit., 1979, pp. 262-263.
[1063] DELAVEAU. Ob. Cit., p. 213.
[1064] RUIZ-TAGLE. Ob. Cit., p. 93.
[1065] NOGUEIRA. Ob. Cit., 2002, p. 90.
[1066] LÓPEZ PIETSCH, Pablo. "Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 18, N° 53, 1998, pp. 123-127.

derechos fundamentales sólo cuando lo estimen oportuno. Con ello, en cierta medida, se sincera la discrecionalidad que ya existe al decidir la admisión de las acciones y recursos constitucionales, pues, incluso en aquellos remedios que poseen una admisión reglada, existe un margen de voluntarismo que puede operar al apreciar si concurren las condiciones de acceso a los mismos.

La fórmula de admisión discrecional de los recursos nomofilácticos -según postulamos- puede permitir al supremo intérprete, decidir qué espacios requieren ser llenados por su doctrina jurisprudencial sobre derechos fundamentales y, al tiempo, relevarlo de destinar ingentes recursos, especialmente, humanos, a la tarea de desechar aquellas impugnaciones que no tengan verdadera trascendencia objetiva. No obstante, en el caso chileno, la admisión discrecional es un rasgo procedimental que, de implementarse, debería establecerse en la Constitución, en función de salvar cualquier incompatibilidad con otros preceptos de la misma, como el deber de inexcusabilidad que proclama su artículo 76[1067].

Indistintamente de la configuración que decida conferirse al cauce procesal nomofiláctico ausente en Chile, es importante sintetizar los rasgos que éste indefectiblemente debería poseer: primero, tal remedio debe ser entregado al conocimiento del intérprete supremo de los derechos fundamentales; segundo, su procedencia debe ser extraordinaria y, tercero, su vocación debe ser netamente objetiva, con independencia de que produzca un efecto casacional que favorezca la pretensión subjetiva de quien lo ponga en movimiento. Con ello, la misión de contribuir en el desarrollo y garantía los derechos fundamentales, entendidos en su dimensión objetiva, la cual se encuentra aún pendiente en el ordenamiento chileno, podría comenzar a ser satisfecha, todo lo cual, redundaría, también, en el robustecimiento de su garantía subjetiva.

Con una reforma que introduzca un medio procesal objetivo como el antes descrito, podría llegar el tiempo en que, en Chile, los jueces digan menos en nombre de

[1067] La regla de inexcusabilidad contenida en el precepto citado, está formulada en los siguientes términos: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión." Constitución Política de la República. Artículo 76.

En tal sentido, a pesar de encontrarse tal norma en el capítulo VI de la Constitución, denominado "Poder Judicial", su amplitud hace que sea aplicable a todos los órganos que ejercen jurisdicción. Esta conclusión se ratifica por la transcripción de esa misma disposición en el artículo 3°, inciso 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ver más en: Fernández González, Miguel Ángel. "El Principio Constitucional de Inexcusabilidad". *Revista de Derecho Público*, vol. 80, 2014, pp. 45-46.

los derechos fundamentales y más sobre éstos, poniendo fin al largo silencio que ha reinado hasta hoy en torno a su significado y alcances.

Conclusiones del cuarto capítulo

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile tiene una historia que se puede remontar hasta sus más antiguas Constituciones. No obstante, los primeros mecanismos proclamados constitucionalmente no fueron oportunamente regulados por el legislador, lo que los privó de eficacia práctica, dado el carácter programático de tales Cartas.

Cronológicamente, Chile estableció primero la acción de *hábeas corpus*, en 1833, la cual comenzó a ser operativa en 1891. Posteriormente, la Carta de 1925 incorporaría la indemnización por error judicial, sin que se dictase una ley que la operativizara. En 1957, se incluiría en dicho texto constitucional, una acción para reclamar de la cancelación de la carta de nacionalización. Luego, en 1972, ante la ausencia de tribunales del orden contencioso-administrativo y dado el clima de inestabilidad política que existió durante el mandato del Presidente Salvador Allende, un grupo de parlamentarios opositores al gobierno introdujo un proyecto de reforma constitucional, que buscaba crear un medio procesal para otorgar tutela urgente al derecho de propiedad, el cual no prosperó. Sin embargo, dicho proyecto sería retomado en 1973, por los juristas cometidos por el régimen militar para elaborar la nueva Constitución. En base a la propuesta de reforma, pero ampliando sus destinatarios y el plexo de derechos protegidos, se instauró la acción constitucional de protección, primero, en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 de 1976 y, luego, en el artículo 20 de la Constitución de 1980.

El régimen militar, en el texto constitucional aprobado a sus instancias, recogió y amplió las garantías jurisdiccionales que establecían las Cartas predecesoras e incorporó la acción constitucional de protección. También, creó mediante la Ley 18.971, dictada en sus postrimerías, una acción legal destinada a resguardar el orden público económico que había implantado en el país. Todo anterior resulta paradójico, pues la multiplicación de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales que dicho régimen estatuyó, contrasta con una *praxis* de violación sistemática de éstos durante sus 17 años de duración.

El legislador democrático tardaría casi una década en comenzar a incorporar nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. En 1999, mediante la Ley 19.628, estableció la acción legal de *hábeas data*. En el año 2000, con ocasión de la implementación de la reforma procesal penal, incluyó en el nuevo Código Procesal Penal, diversos medios de protección judicial de los derechos fundamentales,

entre los que se cuentan: la cautela de garantías (artículo 10), el incidente de nulidad procesal (artículos 159 y 160) y el recurso de nulidad (artículo 373 letra a), entre otros. En 2001, mediante la Ley 19.779, se estableció una acción antidiscriminatoria a favor de los portadores de VIH y enfermos de SIDA.

En 2005, ante la necesidad de profundizar la democratización de la sociedad chilena, se emprendieron fuertes reformas a la Constitución de 1980. En lo que se refiere a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, con ocasión de tales ajustes, se sumaron al Tribunal Constitucional tres nuevas vías de control de normas (una de control de autos acordados; se le traspasó desde la Corte Suprema y con importantes modificaciones, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales y se creó una acción de inconstitucionalidad de leyes abstracta y con efectos generales). Asimismo, se reformó el artículo 20, inciso 2° de la Carta, modificándose los requisitos de procedencia de la acción de protección medioambiental.

Más adelante, mediante la Ley 20.087, de 2006, de reforma laboral, el legislador instituyó el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador, a modelo del amparo ordinario del orden social español, pero con algunas importantes diferencias. Por su parte, a raíz de la Ley 20.322 de 2009, sobre reforma tributaria, se instituyó en el Código Tributario, un procedimiento de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente. En 2010, mediante la ley 20.422, se instituyó una acción antidiscriminatoria de las personas con discapacidad. Y, por último, en 2012, a través de la Ley 20.609, también conocida como "Ley Zamudio", se estableció una acción antidiscriminatoria general.

Todos los medios procesales antes señalados, sea que estén previstos en la Constitución o en alguna disposición legal, constituyen parte esencial del sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile.

El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales en Chile se estructura, al igual que el español, en cuatro capas o niveles. Tales niveles corresponden a: a) la protección que brindan los órganos judiciales, mediante los procesos ordinarios o comunes; b) la protección que brinda el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad de normas; c) los amparos especiales, constitucionales y legales; d) el amparo extraordinario o recurso de protección.

En el primer nivel o capa de protección, se ubica la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que dispensan, de un modo general, todos los órganos judiciales en todos los procesos de que éstos conocen. También, se ejerce, en específico a través del

incidente de nulidad, el que posee una dimensión explícita de protección de los derechos fundamentales de orden procesal sólo en el orden penal. Asimismo, a través de los recursos casacionales del orden penal y laboral (denominados ambos "recurso de nulidad") se puede invalidar el juicio o la sentencia, si se han infringido derechos fundamentales. En el orden civil, cuya normativa es de aplicación supletoria en los restantes órdenes jurídicos, la causal de "infracción de ley" o "errónea aplicación del derecho" que lo hace procedente, se ha interpretado restrictivamente por la jurisprudencia, la que ha excluido expresamente las infracciones constitucionales -y, con ello, las lesiones iusfundamentales- como causa suficiente de la invalidación.

En el segundo nivel o capa del sistema de garantía subjetiva, se ubican las vías de control de normas que pueden impetrar los particulares ante el Tribunal Constitucional y que operan respecto de los autos acordados (artículo 93 N° 2 de la Constitución) y leyes vigentes (inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 e inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7). En el caso de las dos primeras atribuciones, el requerimiento debe plantearse en el marco de un proceso judicial pendiente, con lo que las consecuencias prácticas de la sentencia del Tribunal Constitucional dependerán de los jueces y tribunales *a quo*, los que, en varias ocasiones, se las han arreglado para esquivar sus efectos. Por otro lado, el Tribunal Constitucional carece de un medio que le permita controlar que sus criterios hermenéuticos sean seguidos por los órganos judiciales y, a mayor abundamiento, puede apreciarse la inexistencia de una norma que siquiera haga obligatorias sus pautas interpretativas para otras magistraturas.

En el tercer nivel o capa del sistema, se ubican los amparos especiales, tanto de rango legal como constitucional. En cuanto a los primeros, la mayoría fue creado por el legislador en las últimas dos décadas, pero son pocos los que poseen verdadera operatividad práctica. Algunos de ellos, contienen una cláusula que los hace incompatibles con el ejercicio de la acción constitucional de protección, restricción que se presenta en la tutela laboral, la reclamación tributaria por vulneración derechos del contribuyente y la acción antidiscriminatoria de la Ley 20.609. Ello, a primera vista, responde a un intento del legislador por ir dotándolos de efectividad y definiendo mecanismos de tutela especializados para determinados asuntos. Sin embargo, tales esfuerzos resultarán fútiles mientras la acción de protección continúe siendo constitucionalmente autónoma, pues la limitación para el ejercicio de tales acciones, sólo obsta a emplearlas una vez que se ha deducido aquélla, la cual siempre constituirá una forma de tutela paralela y alternativa a todos los mecanismos de amparo legal y, también,

a los de derecho ordinario. Por su parte, en cuanto a los amparos especiales de rango constitucional (*hábeas corpus*, indemnización por error judicial, reclamación de nacionalidad), éstos resguardan derechos fundamentales (libertad personal, seguridad individual y nacionalidad) no incluidos en el ámbito de la acción de protección, por lo que la autonomía de ésta no afecta el ejercicio de aquéllas. Asimismo, todos los amparos constitucionales especiales son conocidos por tribunales superiores en primera o única instancia y su regulación procesal ha sido prevista no en leyes, sino en auto acordados, práctica irregular pero común en el ordenamiento chileno.

En el cuarto nivel o capa del sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales, se ubica su mecanismo de amparo extraordinario: la acción constitucional de protección. A pesar de su pretendido carácter extraordinario, se trata de la acción más empleada en el derecho chileno y la materia sobre la que más se ha pronunciado la Corte Suprema en los últimos años. Ello obedece a razones de su configuración, que permiten e incentivan su utilización desmedida en toda suerte de materias, aunque éstas no tengan verdadera trascendencia constitucional, ni versen directamente sobre lesiones a derechos fundamentales.

En cuanto a la especificidad procedimental de la acción de protección, cabe indicar que su tramitación se encuentra regulada en un auto acordado dictado por la Corte Suprema. Dicha norma establece un proceso que se ha caracterizado como sumario, es decir, de tramitación célere y mayormente desformalizada. Además, se suele indicar que posee una naturaleza cautelar, lo que ha sido refutado por un importante sector de la doctrina procesal, dado que el proceso de protección no reúne las características propias de una tutela de ese género. Por último, su carácter autónomo implica que este proceso puede tener lugar incluso si existen otras vías procesales para canalizar el mismo asunto, las cuales no es necesario agotar en forma previa. Este último rasgo, convierte a la acción constitucional en una tutela paralela y alternativa a todos los restantes medios procesales cuyo ámbito material pueda intersecar con ella. En ello, se distingue de casi todos los amparos extraordinarios de otros ordenamientos jurídicos, los cuales disponen de filtros procesales para evitar su utilización indiscriminada. Asimismo, sus ventajas procesales, se erigen en importantes alicientes para intentar dicho remedio constitucional antes o en lugar de los amparos legales especiales o incluso, de algunas acciones ordinarias.

En cuanto a los sujetos de la acción constitucional de protección, ésta puede intentarse por cualquier persona o agrupación de personas, sean públicas o privadas, en contra de cualquier otra. Con ello, la acción manifiesta, además de la eficacia vertical o

clásica, una forma de eficacia horizontal procesal directa de los derechos fundamentales, punto que, también, obra como un estímulo para canalizar conflictos privados o propios del derecho común por su intermedio.

Sobre el parámetro de verificación aplicable en la acción constitucional de protección, conforme al tenor del artículo 20 de la Constitución, el acto u omisión impugnado por su intermedio ha de ser "ilegal" o "arbitrario", en el caso de los derechos protegidos en el inciso 1° (en su mayoría, derechos de titularidad individual) o sólo "ilegal", si se trata de la protección del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. En tal sentido, los requisitos de la acción constitucional de protección parecieran haber sido tomados del amparo argentino, que posee idénticos presupuestos.

Los estándares antes citados han sido interpretados por la jurisprudencia, en general, de un modo restrictivo, subordinando el examen de arbitrariedad a la previa concurrencia de una ilegalidad y entendiendo esta última como la contravención explícita a una norma con fuerza y rango de ley, indistintamente de la materia sobre la que verse. Excepcionalmente, en materia medioambiental, la jurisprudencia suele basar su análisis en la Ley de Bases del Medioambiente (Ley N° 19.300), que constituye la legislación de desarrollo del derecho respectivo. Sin embargo, por regla general, el examen de juridicidad de las conductas no se limita sólo a las normas legales de desarrollo de los derechos fundamentales respectivos, sino a preceptos con fuerza de ley todo tipo, lo cual ha permitido incardinar por esta vía conflictos de la más variada naturaleza, aunque sólo tengan una trascendencia iusfundamental indirecta o meramente tangencial. Asimismo, el examen que la judicatura realiza en esta sede suele cifrar el análisis sólo en la conformidad de la conducta con la legislación, constatando la lesión de derechos sólo si se detecta previamente un vicio de legalidad. Con ello, en la acción protección, el examen de legalidad, en muchos casos, inhibe o condiciona el de constitucionalidad, situación que, además de impedir el surgimiento de criterios hermenéuticos sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales, desdibuja la función de amparo de dicho cauce.

En lo relativo al objeto procesal de la acción de protección, cabe señalar que éste viene dado por un catálogo cerrado de derechos fundamentales, constituido, en su mayoría, por derechos de primera generación, de tipo civil (vida, integridad física y psíquica, igualdad, juez natural, honra, vida privada, inviolabilidad de las comunicaciones, libertad de conciencia, creencias y cultos, libre iniciativa económica, no discriminación arbitraria en materia económica, derecho a la propiedad, de propiedad privada y libertad de creación artística, de propiedad intelectual e industrial) y, también,

por algunos derechos sociales, mayoritariamente en sus dimensiones individuales y no prestacionales (salud, en lo relativo a la elección del sistema público o privado; trabajo, en lo relativo a la libertad para ejercerlo, a la libertad de contratación, a la licitud de todos los trabajos no prohibidos por las leyes y a la libertad para pertenecer o no y afiliarse o desafiliarse de organizaciones o colegios profesionales; y derecho a la sindicación).

No obstante, el anterior catálogo se ha visto ampliado, mediante la aplicación de la "tesis de la conexión", que consiste en tutelar situaciones jurídicas vinculadas a derechos no amparados por esta vía, a través de su reconducción hacia otros derechos fundamentales que sí se encuentran protegidos. Por otra parte, también la jurisprudencia ha extendido la protección del derecho de propiedad, que constituye la "estrella en el firmamento" jurídico-constitucional chileno y que opera respecto de todos los bienes corporales e incorporales, a cualquier derecho subjetivo, considerándolo un bien de este último tipo. También se ha ampliado la cobertura de la igualdad ante la ley, mediante la doctrina de la "prohibición de autotutela", en cuya virtud se sanciona toda conducta que afecte un estado de cosas consolidado y que no se base en una decisión judicial que haya dispuesto dicha alteración. La *vis expansiva* de estos derechos fundamentales se ha traducido en una fuerte *vis atractiva* de asuntos ordinarios hacia el recurso de protección. Por último, la jurisprudencia ha establecido que la acción de protección sólo es apto para amparar derechos fundamentales indubitados o preexistentes, lo que implica que cualquier discusión técnica o cuya elucidación requiera un esquema probatorio complejo, no puede ser sostenido por esta vía; doctrina que, sin embargo, los mismos tribunales superiores, en muchas ocasiones, han pasado por alto, optando pronunciarse sobre el fondo de asuntos técnicos o probatoriamente complejos. Todas estas prácticas judiciales han permitido ensanchar el ámbito de la acción de protección más allá de los márgenes que el constituyente fijó y han incentivado su uso en materias que no necesariamente poseen una clara trascendencia constitucional-iusfundamental.

En torno a la influencia de la acción constitucional de protección en el sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales, ésta posee una notoria importancia práctica como mecanismo de tutela jurisdiccional subjetivo simple y rápido, que cubre un amplio espectro de conflictos. Sin embargo, al mismo tiempo, ha incidido en el funcionamiento descoordinado y poco coherente del modelo chileno, principalmente, en vista de que dicha acción constitucional se revela como omnicomprensiva. Con ello, muchos de los amparos especiales creados por el legislador han resultado inoperativos, pues su esfera de tutela aparece ya cubierta por la acción de protección, la que, además,

ofrece ventajas procesales muy superiores a las que poseen dichos cauces procesales. Por otro lado, la procedencia de dicha acción constitucional frente a todo tipo de sujetos particulares, el marcado predominio de la legalidad ordinaria, tanto en su diseño como en su praxis, su carácter autónomo y el modo amplio en que la jurisprudencia concibe su objeto, son factores que, combinados, han dado pábulo a su utilización desmedida como sustituto de los procesos ordinarios, frente a los cuales aparece como aún más ventajosa procesalmente, permitiendo que, conflictos de mera legalidad relativos a distintos órdenes jurídicos, sean sustraídos de la competencia de sus jueces naturales y se instalen impropiamente en una sede constitucional.

Asimismo, la inexistencia de formas de tutela cautelar adecuadas en la legislación procesal civil, que es la general y supletoria, además de la carencia de una judicatura especializada en materia contencioso-administrativa (sin perjuicio de la existencia de ciertos procedimientos y tribunales especiales para asuntos específicos) han redundado en la sobreutilización de la acción de protección en sustitución de dichos vacíos. Si en este panorama se considera, además, el régimen simplificado de tutela cautelar que ofrece la acción constitucional de protección, a través de la "orden de no innovar, no es difícil avizorar todos los incentivos que representa la utilización de aquélla, en lugar de las acciones comunes de derecho ordinario. Una prueba de que la acción de protección subsidia tales déficits de tutela es que, en aquellas materias en que se han instituido jueces especializados con poderes cautelares que van más allá de lo meramente conservativo (como ocurre en materia laboral, tributaria o ambiental), los litigantes han preferido trasladar las controversias hacia esas sedes, abandonando la acción de protección, que era la vía por la que tradicionalmente se ventilaban.

En lo tocante a la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales, para asegurarla, cada ordenamiento debe definir qué órgano será el intérprete supremo de los derechos fundamentales y establecer cauces procesales que le permitan formular líneas jurisprudenciales estables sobre su sentido y alcance, por un lado, y controlar las interpretaciones que sostengan los demás órganos jurisdiccionales, por otro. En el caso chileno, no se ha formulado expresamente una definición orgánica en tal sentido y, si bien existen cauces procesales para desarrollar una labor de hermenéutica iusfundamental, éstos se encuentran dispersos ante órganos diferentes y sin que exista, tampoco, una vía para controlar que tales pautas interpretativas sean seguidas por otros jueces.

En relación al supremo intérprete de los derechos fundamentales, en Chile, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema son órganos de la máxima jerarquía,

que poseen competencias que les permiten desplegar una labor hermenéutica, sin que ninguna norma expresa atribuya a alguno de ellos una posición de supremacía en dicha materia. En el terreno de los hechos, dado que normalmente es la Corte Suprema el órgano ante el que terminan todos los procesos judiciales, sean ordinarios o de amparo, ella está en mejores condiciones que el Tribunal Constitucional para ser considerada, a la luz del marco jurídico actual, como máxima intérprete de los derechos fundamentales. Sin embargo, ésta carece de medios procesales adecuados para desplegar esa tarea.

La anterior carencia se origina en que los recursos casacionales sobre los que se pronuncia la Corte Suprema, por regla general, excluyen la infracción constitucional como causal fundante, excepto en los órdenes jurídicos penal y laboral. Por otro lado, las acciones de protección sobre las que debe conocer anualmente y que se cuentan por miles, impiden, por su número, un examen detenido de cada caso. Además, tales acciones llegan a su conocimiento a través del recurso de apelación, medio procesal que permite una revisión fáctica y jurídica amplia y que, al exigir sólo el agravio del recurrente, privilegia el *ius litigatoris* por sobre el *ius constitutionis*, lo que lo torna un mecanismo inidóneo para la generación de una doctrina jurisprudencial sobre los derechos fundamentales que constituyen su objeto. De esa manera, la Corte Suprema acaba diciendo mucho en nombre de los derechos fundamentales, pero muy poco sobre éstos.

Por último, formulan una serie de propuestas para optimizar la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto desde la perspectiva subjetiva como objetiva, sin perder de vista que tales dimensiones no se oponen, sino que se complementan, en la medida que el reforzamiento de la una redunda en el robustecimiento de la otra.

En relación a la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, se considera necesario ajustar la acción constitucional de protección, en función de evitar las distorsiones que ésta genera en la administración de justicia.

En primer lugar, se postula que el proceso de protección debe dejar de ser autónomo y, correlativamente, debe introducírsele alguno de los filtros procesales que se reconocen en el derecho comparado, en función de que evitar que continúe erigiéndose en una tutela paralela a otras acciones y remedios, pero manteniéndolo disponible para discusiones iusfundamentales que carezcan de otra vía procesal en la que puedan ser planteados. Para tal propósito, debe mediar una reforma constitucional, dado que la autonomía se encuentra expresamente prevista en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Constitución chilena en vigor.

Como segundo punto, se postula que el resultado de la acción de protección debe dejar de depender de la detección de un vicio de legalidad. Con ello, no busca excluirse que las normas legales de desarrollo de los derechos fundamentales puedan recibir aplicación en esta sede, sino más bien vedar que conflictos de legalidad ordinaria colonicen esta vía procesal y desplacen en importancia a la reflexión jurídica iusfundamental, como ocurre en la actualidad. Ello puede ocurrir, tanto mediante la supresión formal de los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad que actualmente prevé el artículo 20 de la Constitución, como también mediante una reorientación de los criterios jurisprudenciales, en orden a considerar que tales estándares están referidos al apartamiento de la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales y de la doctrina jurisprudencial asentada sobre los mismos, respectivamente.

Como tercer ajuste, se recomienda restringir la procedencia de la acción constitucional de protección respecto de todo tipo de particulares, en función de evitar que continúe empleándose en reemplazo de otras acciones, especialmente, de aquellas propias del derecho privado. Esta limitación, podría ser de orden sustantivo o procesal. Si se decidiera implantar una limitación de orden sustantivo, siguiendo los ejemplos que ofrece el derecho comparado, podría definirse que un particular sólo pueda considerarse autor de una lesión de los derechos fundamentales de otro cuando aquél se encuentre en una posición de superioridad fáctica en relación con éste o cuando el primero cumpla una función pública o equivalente a aquéllas que realiza el Estado y siempre que se trate de derechos fundamentales cuyo destinatario pueda, también, ser un privado. Si se optara por una restricción de orden procesal, la implantación del filtro de subsidiariedad prospectiva o residualidad permitiría excluir como objeto de la acción de protección, aquellas pretensiones que pueden formularse a través de otros cauces procesales.

En cuarto lugar, se recomienda que la acción de protección posea un régimen probatorio claro y definido, pues de ello depende la posibilidad de evaluar anticipadamente la viabilidad de que un conflicto pueda ser planteado eficazmente por su intermedio. La mención que hace actualmente el auto acordado a los "antecedentes" que permiten a las Cortes formar su convicción y la falta de especificación sobre aquellos que resultan admisibles o posibles de ser producidos en esta sede, cristalizan un escenario de abierta incerteza jurídica. Tal ajuste puede realizarse mediante una reforma al auto acordado respectivo, sea que éste, manteniendo la situación actual, explicite que la prueba a rendir en este proceso sólo puede ser de tipo instrumental (como ocurre con el *mandado de segurança* brasileño) o bien, que se habilite la rendición, dentro de un plazo breve, de

cualquier medio probatorio (como ocurre en otros procedimientos especiales que actualmente se sustancian ante las Cortes).

En lo relativo a la optimización de la garantía objetiva de los derechos fundamentales, se requiere de una previsión normativa expresa en torno al órgano que desempeñará tal función. Asimismo, se necesita habilitar cauces procesales que permitan a dicha magistratura, sea cual sea, desarrollar lineamientos interpretativos sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales, así como controlar la interpretación que realicen los restantes órganos jurisdiccionales. En relación con el medio procesal de control hermenéutico, éste debería poseer, a lo menos, las siguientes características: 1) su conocimiento debe ser competencia del intérprete supremo de los derechos fundamentales; 2) debe tratarse de un recurso o remedio procesal extraordinario; y 3) debe tener vocación objetiva, independientemente del efecto casacional que pueda producir en favor de la pretensión subjetiva del recurrente. En cuanto a su admisión, ésta podría ser reglada o discrecional, vislumbrándose incontables ventajas en esta última modalidad, definición que, en todo caso, requeriría de una previsión constitucional expresa, a objeto de evitar antinomias con el mandato de inexcusabilidad contenido en el artículo 76 de la Carta chilena.

CONCLUSIONES

El robustecimiento de los derechos fundamentales constituye un objetivo primario en toda sociedad que se organice como un Estado constitucional y democrático de Derecho. El tránsito desde el carácter programático de tales derechos hacia su plena obligatoriedad, sin perjuicio de haber constituido un notorio avance, también ha sido fuente de una serie de complejidades sustantivas y procesales a las que no siempre se ha prestado suficiente atención. Tales dificultades pueden comprometer el funcionamiento de la administración de justicia y minar la propia eficacia de los derechos fundamentales, lo que las convierte en un asunto de capital importancia para la ciencia jurídica.

Esta investigación se ha centrado, en general, en la detección de algunas de esas complejidades, con el propósito de determinar los arreglos institucionales que permitirían solucionarlas o mitigarlas, propendiendo a una más eficaz garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Ello, a su turno, ha permitido evaluar si el sistema español de garantía jurisdiccional satisface tales requerimientos, de modo que su trasplante jurídico al ordenamiento chileno podría contribuir a la superación de los graves problemas que éste exhibe.

De lo razonado en el cuerpo de este trabajo y como resultado del diálogo entre las inferencias sintetizadas al final de cada capítulo, ha sido posible extraer las conclusiones que se presentarán a continuación.

1. La bidimensionalidad de los derechos fundamentales y sus implicancias

El reconocimiento de una bidimensionalidad de los derechos fundamentales, esto es, de su carácter como derechos subjetivos y valores objetivos, ha traído consigo varias consecuencias.

En cuanto a su dimensión subjetiva, la posición mayoritaria es que los derechos fundamentales constituyen un plexo de situaciones jurídicas amparadas por la norma constitucional y a la luz de las cuales es posible explicar las interacciones entre sus titulares, los objetos protegidos por tales derechos y los sujetos obligados por la norma que los reconoce. Desde una perspectiva procesal, esto determina que su lesión o desconocimiento habilita al titular afectado para concurrir ante un órgano jurisdiccional y recabar la tutela que corresponda, manifestándose así la esfera de protección individual que tal dimensión iusfundamental franquea. La pretensión de tutela puede recabarse a

través de los procedimientos ordinarios o bien, de las vías procesales especialmente diseñadas para tal propósito, si el ordenamiento en cuestión las poseyera.

En torno a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, esto es, su comprensión como un orden objetivo de valores plasmado constitucionalmente, dicha formulación teórica hunde sus raíces en la teoría de la integración de SMEND, siendo complementada, más tarde, por las tesis de MAUNZ y DÜRIG sobre la Constitución como "sistema de valores", para acabar plasmada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán, en la afamada sentencia Lüth. Esta dimensión iusfundamental ha dado pábulo -en palabras de ALEXY- a una "concepción amplia y comprehensiva" (*weit und umfassend*) de los derechos fundamentales, en virtud de la cual sus normas consagratorias poseen una estructura principial, cuya textura abierta y vaguedad exige la intervención de intérpretes que actualicen su significado y tracen sus alcances.

Lo anterior, sumado a la irradiación de los derechos fundamentales sobre todas las relaciones jurídicas, incluidas las de derecho privado, permite que cualquier controversia jurídica pueda adoptar potencialmente una connotación iusfundamental, mediante un ejercicio interpretativo amplio que la vincule con el derecho fundamental más próximo temáticamente. En este fenómeno sustantivo radica la *vis expansiva* de los derechos fundamentales.

Producto de la citada *vis expansiva*, los jueces constitucionales podrían expandir su conocimiento virtualmente a cualquier asunto, aunque éste sea, en principio, ajeno a sus competencias. Para ello, basta con darle a dicha controversia una connotación iusfundamental, con lo cual, ésta podría calzar, al menos en principio, en alguno de los cauces diseñados para la protección de los derechos fundamentales. Esta concepción, llevada a sus extremos, implicaría que el único verdadero freno a la intervención de la jurisdicción constitucional de la libertad es la autocontención de sus magistrados. Es así que puede configurarse, desde el punto de vista procesal, su *vis atractiva*.

En cuanto a la configuración de los sistemas de garantía jurisdiccional, la doble dimensión de los derechos fundamentales debe ser tenida en cuenta, en la medida que tales sistemas sólo pueden considerarse eficaces si, junto con vehicular cauces para la defensa subjetiva de tales derechos, incorporan definiciones procesales (orgánicas y procedimentales) destinadas a asegurar su vigencia objetiva y a permitir el surgimiento de lineamientos interpretativos que orienten el quehacer de todos los poderes públicos y, especialmente, de los órganos jurisdiccionales.

2. La bidimensionalidad del sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales

Todo Estado Constitucional de Derecho debe poseer una Constitución normativa, lo que, entre otras cosas, significa que sus normas son jurídicamente vinculantes y que su inobservancia acarrea consecuencias jurídicas. En tal sentido, dado que los derechos fundamentales se encuentran proclamados constitucionalmente, su infracción es reclamable a través de las vías de control existentes al interior del Estado. Esta simple asunción es suficiente para refutar que existan derechos fundamentales sin garantía jurisdiccional, pues, en la medida que se trata de derecho inmediatamente aplicable por el Poder Judicial, por un lado y que éstos se insertan en el parámetro del control de constitucionalidad, por otro, éstos cuentan con las mismas garantías que el resto de las normas constitucionales.

Un fenómeno diferente es que ciertos derechos fundamentales se encuentren excluidos de determinados cauces procesales creados específicamente para proteger otros derechos de igual naturaleza. La inclusión de algunos derechos fundamentales en el ámbito de tales procesos constituye más un *plus* a su protección que una condición o requisito que los cualifique como tales.

El sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales es un andamiaje integrado por dispositivos procesales de distinta naturaleza, cuyo conocimiento está entregado a diversos órganos jurisdiccionales. Dicho sistema se compone de diferentes niveles o capas de protección: dos irrenunciables, es decir, que deben estar presentes en todo Estado que se reivindique como "de Derecho" y otros dos niveles que son eventuales, uno de los cuales es más común que el otro. Los componentes de dicho sistema y que conforman los referidos niveles, son procesos jurisdiccionales de los siguientes tipos: 1) ordinarios, 2) relativos al control de constitucionalidad de la ley, 3) especiales de amparo; y 4) extraordinarios de amparo.

En específico, los procesos judiciales ordinarios y aquellos relativos al control de constitucionalidad de las leyes son niveles de protección de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico propio de un Estado de Derecho debe poseer. Por su parte, los procesos especiales de amparo suelen estar presentes en un gran número de ordenamientos y existen para la tutela de determinados derechos fundamentales o grupos de éstos, sea en relación a su especificidad (libertad personal, derechos políticos, medioambientales, entre otros) o en el contexto de un determinado orden jurídico (civil,

criminal, contencioso-administrativo, laboral, etc.). Por último, los amparos extraordinarios, son más comunes en Latinoamérica que en Europa, a pesar de que esta última posee, en los ordenamientos español y alemán, dos importantes exponentes.

Por otro lado, el sistema de garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales requiere que se determine expresamente a un órgano jurisdiccional de la máxima jerarquía para que actúe como su intérprete supremo o definitivo. La superioridad de ese órgano en la organización jurisdiccional del Estado se vincula con la necesidad de que éste trace lineamientos jurisprudenciales sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales que sean seguidos por los restantes poderes públicos y, especialmente, por los demás órganos jurisdiccionales. Para tal propósito, deben estatuirse medios procesales que permitan desplegar dicha tarea hermenéutica, como asimismo, uno o más cauces para controlar la interpretación que realicen los otros jueces y tribunales en relación con los citados derechos, propendiendo, de ese modo, a la uniformidad y, con ello, a la seguridad jurídica.

3. Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales

Los modelos clásicos de jurisdicción constitucional, a saber, el difuso o norteamericano y el concentrado o europeo, convergen en cuanto a la finalidad de proveer a la defensa del orden constitucional, pero difieren en sus arreglos institucionales. En la raíz del modelo difuso, que es el más antiguo, se encuentra la idea de brindar una tutela concreta a los derechos fundamentales, evitando que, en las causas judiciales, reciban aplicación preceptos legales que contravengan a la Constitución, garantizando a los ciudadanos, en su calidad de justiciables, la defensa de sus intereses particulares que se afinquen en lo preceptuado por ésta. Por su parte, en el origen del modelo concentrado subyacía la necesidad de preservar los ámbitos atributivos de distintos órganos estatales y la distinción entre litigios meramente legales, de interés privado, y aquellos constitucionales, de interés público, quedando entregados a dos jurisdicciones diferentes.

El advenimiento del paradigma de la Constitución normativa y la vinculatoriedad directa de los derechos fundamentales trajeron consigo la disolución de la nítida distinción entre los parámetros que debían ser aplicados por las distintas jurisdicciones del modelo concentrado. En efecto, la constitucionalidad encarnada en los derechos fundamentales pasó a ser aplicada tanto por la justicia ordinaria como por la constitucional, lo que desdibujó los fundamentos de la separación orgánica entre

jurisdicciones. Asimismo, algunos ajustes normativos sufridos por los diferentes ordenamientos, como la introducción del control incidental de constitucionalidad de las leyes en los sistemas con un modelo concentrado y la inclusión del poder ejecutivo y legislativo como partes en las cuestiones de inconstitucionalidad ventiladas en el difuso, entre otros, fueron provocando una hibridación de los modelos clásicos de control de constitucionalidad, adoptando el de matriz norteamericana una posición de centralidad, dada la notoria influencia de sus institutos en las reformas operadas en otros ordenamientos durante los siglos XX y XXI.

Al cuadro anterior debe añadirse la proliferación de una serie de procesos de amparo especial y extraordinario, en diversas latitudes, los cuales no encuadran en la caracterización original de la justicia constitucional. Ello es particularmente notorio en los modelos concentrados, en que el conjunto de instrumentos que CAPPELLETTI denominó "jurisdicción constitucional de la libertad" no calzan con el reparto orgánico con que originalmente aquéllos se configuraron.

Por las razones antes expuestas, la normatividad de los derechos fundamentales y el advenimiento de los amparos han influido decisivamente en la inconveniencia de continuar utilizando la tipología clásica, pues sus rendimientos explicativos son insuficientes a la luz del actual funcionamiento de la jurisdicción constitucional. De ese modo, resulta más preciso entender genéricamente la noción de "justicia constitucional" como el conjunto de atribuciones que permiten velar por la vigencia de la Constitución, indistintamente del órgano que las ejerza y de los cauces procesales por los que se materialice. Por ello, se ha propuesto adoptar un criterio clasificatorio esbozado por RUBIO LLORENTE, pero ya no para tipificar a los sistemas, sino para distinguir la finalidad principal perseguida por los diferentes institutos de control constitucional, dividiéndolos entre aquellos basados en la ley y los que están orientados a la protección directa de los derechos fundamentales. Con ello, además, cuando el parámetro invocado para el ejercicio del control son los derechos fundamentales, se distingue más fácilmente si el mecanismo posee una vocación más objetiva o subjetiva. Esto último sin perder de vista que ambas dimensiones son complementarias, en la medida que la garantía objetiva de los derechos fundamentales tributa a su protección subjetiva y viceversa.

4. Los amparos y sus elementos esenciales

Los Estados han ido implementando paulatina, pero progresivamente, cada vez más vías procesales de tutela directa de derechos fundamentales, con distinta naturaleza jurídica, alcances y funcionalidades. Como contrapartida a su multiplicación durante la segunda mitad del siglo XX, los mecanismos de amparo ordinario y extraordinario no han sido explicados a través de una teoría general que los caracterice, conceptualice o que postule pautas para su adecuado funcionamiento. Por ello, con mayor razón, resulta crucial intentar desentrañar las condiciones de diseño y operatoria que los amparos deben poseer para desplegar su tarea protectora en plenitud, sin comprometer su propia eficacia ni la de los restantes elementos del sistema de garantía jurisdiccional. Esto, sin perder de vista que -tal como se dijera anteriormente- la presencia de mecanismos propios de la jurisdicción constitucional de la libertad en un determinado ordenamiento jurídico, no constituye una condición necesaria, sino un *plus* a la protección de los derechos fundamentales.

En razón de lo anterior, se han observado diferentes ordenamientos, en la búsqueda de los elementos estructurales comunes en sus institutos de amparo, con la finalidad de formular una caracterización de éstos, para luego construir una conceptualización basada en tales rasgos definitorios.

Los elementos estructurales que suelen compartir los instrumentos procesales de tutela directa de derechos fundamentales, y en virtud de los cuales se suelen distinguir de otras acciones o remedios, son: 1) su especificidad procedimental, 2) sus sujetos procesales, 3) el parámetro de control a aplicar y 4) su objeto procesal.

Sobre la especificidad procedimental de los amparos, éstos suelen exhibir una regulación específica, particular y diferenciada de los cauces procesales comunes u ordinarios, todo lo cual se aviene a la especial posición de los derechos fundamentales, que son su objeto de tutela. Tal especificidad puede traducirse en la existencia de requisitos precisos para su admisibilidad, en la fijación un plazo breve para su resolución, en los mayores poderes del juez respectivo para dar curso a la tramitación del proceso o para la adopción de medidas cautelares o definitivas, o bien, en el reconocimiento de efectos específicos a la sentencia que se dicte.

En lo relativo a los sujetos procesales, dado que, en la concepción clásica, los titulares de derechos fundamentales son los particulares y su único destinatario es el Estado, tales serían, asimismo, las únicas partes posibles en un proceso de amparo,

ostentando las calidades de sujeto activo y pasivo, respectivamente. La intervención de determinados órganos públicos (como el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo, en España) como sujetos activos, se explicaría por la dimensión objetiva de tales derechos, que les permite actuar aun cuando no medie pretensión individual alguna. No obstante, la arista más problemática se vincula al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, la vinculación que éstos despliegan frente a otros particulares, la que varía notoriamente en intensidad entre diferentes ordenamientos, algunos de los cuales han admitido que pueda trabarse una relación procesal de amparo entre dos sujetos privados. En los ordenamientos en que ello se permite, esto puede ocurrir ilimitadamente (como en Chile) o bajo distintas hipótesis (como en Colombia), mientras que, aquellos que rechazan tal posibilidad, suelen admitir alguna excepción (como las tesis de la "asunción judicial" en España o la *"state action"* en Estados Unidos). En tal sentido, este rasgo actualmente no presenta uniformidad, por lo que no puede ser considerado un elemento común en la configuración de los amparos.

Respecto del parámetro de control que el órgano jurisdiccional debe aplicar a la hora de resolver, en principio, se sostiene que los amparos se caracterizan por ser vías de aplicación exclusiva de la Constitución. Por ello, si un conflicto es de naturaleza meramente legal o reglamentaria, una vía constitucional de amparo aparece como sede inapropiada para entender del mismo. No obstante, la distinción entre los conflictos jurídicos de estricta constitucionalidad y los de mera legalidad entraña serias dificultades prácticas. Asimismo, en dicho parámetro puede influir la legalidad, en la medida que se encuentre estrechamente conectada con la constitucionalidad aplicable, situación en la que se encuentran las normas legales de orden procesal que gobiernan el amparo respectivo y las sustantivas que provean al desarrollo de los derechos fundamentales tutelados.

Por último, sobre el objeto procesal de los amparos, debe señalarse que su *petitum* está vinculado al restablecimiento o preservación de un derecho fundamental que ha sido violado. Adicionalmente, la normativa procesal podría admitir que se incardinaran, junto a dicha pretensión principal, otras adicionales, incluso de naturaleza ordinaria (como las indemnizatorias, sancionatorias u otras) siempre y cuando éstas sean de índole secundaria, derivada o accesoria a la primera.

Como síntesis de los elementos antes analizados, se ha elaborado una definición genérica de los amparos, que las conceptualiza como "las vías jurisdiccionales que, con independencia de su naturaleza, denominación y sujetos procesales, han sido

específicamente diseñadas para la tutela de uno o más derechos fundamentales, cuyo parámetro es la normativa constitucional consagratoria de éstos y su legislación de desarrollo, y cuyo objeto principal es la adopción directa de medidas relativas a su preservación o restablecimiento".

5. Distinción y articulación entre amparos y cauces procesales ordinarios

La jurisdicción constitucional de la libertad y la ordinaria constituyen funciones muy diferentes que, en muchos casos, son atendidas por los mismos órganos jurisdiccionales. Los cauces de la primera poseen unas características propias, determinadas por la trascendencia de su objeto. No obstante, tal como se dijera, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha alimentado una noción amplia y comprehensiva de los mismos, en cuya virtud puede dotarse de una connotación iusfundamental a virtualmente cualquier conflicto jurídico ordinario, mediante el recurso hermenéutico a aquellos derechos que, por proximidad temática, mejor se proyecten o irradien sobre tal controversia (*vis expansiva*). Además, si se toma en cuenta que los cauces procesales de amparo resultan más ventajosos que los procesos ordinarios, por su tramitación y/o por las medidas que pueden adoptarse, se vislumbra un incentivo a intentar utilizar los primeros, procurando expandir la cobertura de los derechos fundamentales a situaciones que no tienen una estricta naturaleza constitucional (*vis atractiva*). Ello explica la naturaleza de "gran contencioso" que BORDALÍ asigna a la acción constitucional de protección en Chile o el "éxito" que PÉREZ TREMPS atribuye al recurso de amparo en España, en ambos casos, para describir su masiva utilización.

Atendidos tales fenómenos, se propone deslindar los ámbitos propios de los amparos y de los cauces procesales ordinarios, mediante dos principios que aplican a los primeros: especificidad y exclusividad. En virtud del principio de especificidad, los cauces de amparo deben ostentar un diseño ajustado a las particularidades propias del conflicto iusfundamental, lo que puede traducirse en una tramitación célere, la posibilidad de adoptar de medidas o providencias (cautelares o definitivas) excepcionales para restablecer o preservar el derecho, una priorización de los amparos por sobre otros expedientes de que deba conocer el órgano respectivo, un régimen probatorio diferenciado y/u otros ajustes de similar naturaleza. Por su parte, conforme al principio de exclusividad, deben establecerse barreras o filtros (definitividad, subsidiariedad, residualidad o supletoriedad) que limiten el acceso a las vías procesales de amparo,

impidiendo que se canalicen, por su intermedio, pretensiones distintas de la preservación o restablecimiento de los derechos fundamentales o que dichos cauces se empleen para obtener decisiones que deben recabarse a través de medios procesales ordinarios.

La distinción entre jurisdicción constitucional de la libertad y justicia ordinaria tributa a la necesaria articulación entre los distintos cauces procesales y órganos jurisdiccionales al interior del Estado, en función de que la administración de justicia funcione coordinadamente. En específico, tal articulación busca diversos fines, los que se encuentran íntimamente imbricados entre sí y que consisten en: 1) propiciar una adecuada división del trabajo entre los tribunales; 2) evitar el siempre latente peligro de sobrecarga de la jurisdicción constitucional; y 3) fomentar la *self-restraint* (entendida como "autolimitación") del juez constitucional, ofreciendo deferencia a los demás órganos estatales, incluidos los jueces ordinarios.

6. Convergencia y divergencia en el primer nivel del sistema de garantía subjetiva de los derechos fundamentales: la protección por órganos judiciales a través de los cauces procesales comunes

Los ordenamientos jurídicos en comparación poseen rasgos que permiten establecer relaciones de convergencia y divergencia entre los mismos, en lo tocante a los institutos procesales que proveen a la garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales.

Ambos ordenamientos poseen Constituciones normativas que, por tanto, deben recibir aplicación en todos los negocios de que conozcan los jueces ordinarios. De ese modo, en la primera capa o nivel del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales, éstos juegan un importante rol. No obstante, ambos ordenamientos exhiben importantes diferencias en lo tocante a la posibilidad de tutelar los derechos fundamentales a través de incidentes y recursos.

En cuanto a los incidentes, el de nulidad de actuaciones del ordenamiento español, a pesar de entrañar ciertas dificultades prácticas, resulta mucho más amplio que los de nulidad procesal que prevé el ordenamiento chileno. El primero resguarda todos los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución española, mientras que los segundos se orientan principalmente a garantizar derechos fundamentales de naturaleza procesal o adjetiva y su directa vinculación con la protección

de los derechos fundamentales es sólo patente en el orden penal y no en el civil, cuya normativa es, además, la residual y supletoria.

En el nivel recursivo, España reconoce la infracción constitucional como causal suficiente del recurso de casación, aunque sujeto a la reglamentación que éste posea en cada orden jurídico, lo que permitiría tutelar, por su intermedio, los derechos fundamentales. No obstante, dicho ordenamiento jurídico ha reorientado la casación hacia una función objetiva y más ligada al *ius constitutionis*, lo que podría generar vacíos de protección en relación a aquellas lesiones iusfundamentales que exhiban una trascendencia únicamente individual y no vengan acompañadas de un verdadero interés casacional. Por su parte, Chile posee un régimen casacional más orientado al *ius litigatoris* y que sólo reconoce la vulneración de derechos fundamentales como causal de nulidad en los procesos penales y laborales. En cuanto a la casación civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado invariablemente que la infracción constitucional no constituye fundamento suficiente para la invalidación, compleja situación, si se tiene en cuenta que esta reglamentación es de aplicación supletoria en los restantes órdenes jurídicos.

7. Convergencia y divergencia en el segundo nivel de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales: la tutela dispensada por el Tribunal Constitucional mediante el control de normas

En el segundo nivel del sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, ambos ordenamientos poseen un Tribunal Constitucional que concentra las funciones de control de constitucionalidad de las leyes. El ordenamiento chileno suma, además, a los autos acordados como objeto de control constitucional. Éstos son normas generales dictadas por los tribunales superiores para garantizar una cumplida y expedita administración de justicia, preceptos que han enfrentado cuestionamientos de constitucionalidad en las últimas décadas.

En cuanto a la garantía jurisdiccional subjetiva, el Tribunal Constitucional español conoce de las cuestiones de constitucionalidad de las leyes que se susciten durante la tramitación de procesos judiciales, atribución que, si bien ejerce a requerimiento exclusivo de los jueces y tribunales, permite amparar los intereses de los justiciables y otorga a éstos la posibilidad de hacerse oír sobre dicho asunto, tanto ante el tribunal *a quo* como frente al *ad quem*. Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno permite la

actuación directa de los particulares que se consideren lesionados en sus derechos fundamentales, admitiendo que éstos accionen, requiriendo el control de constitucionalidad de autos acorados o la inaplicabilidad de preceptos legales, cuando sean parte en un proceso judicial pendiente. Asimismo, se concede una acción pública para requerir la inconstitucionalidad, con efectos generales, de un precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable.

8. Convergencia y divergencia en el tercer nivel de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales: amparos especiales

Tanto el ordenamiento chileno como el español han instrumentado una serie de cauces destinados exclusivamente a la tutela de determinados derechos fundamentales, procesos a los que se ha denominado amparos especiales. Éstos pueden estar referidos a un determinado derecho o grupo de derechos con una particular naturaleza (libertad personal, derechos políticos, libre iniciativa económica o igualdad ante la ley), denominándose amparos especiales-particulares o bien, a un grupo de derechos en un determinado orden jurídico (social o laboral, militar, contencioso-administrativo o tributario), a los que se ha llamado amparos especiales-genéricos.

Una de las principales diferencias entre ambos ordenamientos, estriba en que la previsión de un procedimiento de amparo ordinario se encuentra en la Constitución española, mientras que la Carta chilena, sin perjuicio de crear por sí misma algunas acciones protectoras, no mandata al legislador a instrumentar cauces legales de tutela jurisdiccional y, por tanto, aquellos que han sido creados por dicha autoridad, han nacido exclusivamente a sus instancias. Adicionalmente, el constituyente español no sólo mandató la instauración del amparo ordinario, sino que previó que su procedimiento debía basarse en los principios de preferencia y sumariedad.

Por otro lado, en ambos ordenamientos, la creación, evolución y sofisticación técnica de los procedimientos de amparo avanzó de la mano con la consolidación democrática experimentada por sus respectivas sociedades, las que paulatinamente fueron perfeccionando su compromiso con la defensa de los derechos fundamentales, a la vez que dejaban atrás el pasado autoritario.

Asimismo, tanto en España como en Chile, los amparos ubicados en este tercer nivel del sistema de garantía jurisdiccional subjetiva reciben actualmente una discreta aplicación práctica. En el caso español, ello se debe a que éstos actualmente presentan

menos ventajas procesales que en el pasado (especialmente, en el orden contencioso-administrativo), además de que dichos procesos funcionan bajo una lógica de cognición limitada que, en algunos casos, resulta inadecuada para plantear conflictos de alta complejidad técnica o controversias que envuelvan, a la vez, cuestiones de constitucionalidad y legalidad, todo lo cual contrasta con el conocimiento amplio que puede recabarse mediante los procesos ordinarios. En el caso chileno, los amparos especiales de rango constitucional fueron creados para hipótesis precisas, sin perjuicio de lo cual, han sufrido algunas ampliaciones por vía jurisprudencial. Por otro lado, muchos amparos especiales de orden legal reciben escasa o nula aplicación, tanto por problemas de diseño como debido a que su ámbito material interseca con el de la acción constitucional de protección, la que se erige en una tutela paralela o alternativa y suele preferirse por sobre éstos, dadas sus mayores ventajas procesales.

9. Convergencia y divergencia en el cuarto nivel de garantía jurisdiccional subjetiva de los derechos fundamentales: amparos extraordinarios

Tanto España como Chile reconocen un mecanismo de amparo que, satisfechos determinados presupuestos, permite a los afectados impetrar la tutela de un amplio elenco de derechos fundamentales. En el caso del ordenamiento español, la función de amparo extraordinaria es colmada por el recurso de amparo y, en Chile, por la acción constitucional de protección.

Los amparos extraordinarios de España y Chile han permitido compensar ciertos déficits de tutela ordinaria presentes en sus respectivos ordenamientos. En el caso del amparo español, los problemas estructurales de ciertos cauces ordinarios, así como vacíos normativos y algún grado de renuencia de los jueces y tribunales a asumir su rol de garantes primarios de los derechos fundamentales, determinaron que, en muchos casos, dicho remedio se convirtiera en la sede donde debían subsanarse defectos procedimentales no enmendados por el Poder Judicial. Este fenómeno se ha reducido tras la reforma del recurso de amparo del año 2007. Por su parte, la acción de protección chilena ha debido suplir la inexistencia de una jurisdicción contencioso-administrativa general, la lentitud e inadecuación de algunos procesos ordinarios y la insuficiencia de las tutelas cautelares, especialmente, en sede civil.

En cuanto a los rasgos estructurales de los citados amparos extraordinarios, ambos presentan una especificidad procedimental. El amparo constitucional español es un

remedio subsidiario, es decir, que requiere el agotamiento de la vía judicial previa, pero se trata de un proceso distinto e independiente del que le antecede. A su turno, la acción constitucional de protección engendra un proceso judicial sumario o célere y autónomo. Este último rasgo, se traduce en que dicho remedio procede a todo evento, aun cuando existan otros cauces procesales previstos para canalizar la misma pretensión y sin necesidad de que éstos sean agotados previamente. Con ello, la acción constitucional de protección se erige en una tutela alternativa a las vías ordinarias y, también, paralela a los amparos especiales que tengan un ámbito material que pueda intersecar con el suyo, de lo cual se colige que aquélla posee una especial *vis atractiva*, derivada de su autonomía.

En relación con los sujetos procesales de ambos amparos extraordinarios, el ordenamiento español sigue, en gran medida la concepción tradicional, permitiendo que el amparo constitucional se dirija únicamente contra los poderes públicos. Excepcionalmente, en virtud del ingenioso expediente de la "asunción judicial", se puede reclamar de las lesiones iusfundamentales cometidas por particulares, pero responsabilizando de ellas al órgano judicial que no las repare. Por su parte, el ordenamiento chileno admite una fórmula procesal de eficacia horizontal ilimitada de los derechos fundamentales, lo que implica que el sujeto pasivo de la acción constitucional de protección puede ser un particular, sin necesidad de que éste cumpla una función pública, se encuentre en una posición de superioridad fáctica, ni reúna alguna otra cualificación especial.

Sobre el parámetro de verificación aplicable en el recurso de amparo español, éste es de naturaleza estrictamente constitucional, conformado por los derechos fundamentales proclamados en los artículos 14 al 29 y 30.2 de la Carta española, sin perjuicio de integrar la legislación orgánica de desarrollo de tales derechos al razonamiento judicial. En este punto, algún problema ofrecen los denominados derechos fundamentales "de configuración legal". En el caso chileno, se exige que el "acto u omisión" impugnado por intermedio de la acción constitucional de protección, sea ilegal o arbitrario (o sólo ilegal en el caso de la protección medioambiental), estándares que han sido interpretados restrictivamente por la jurisprudencia, subordinando generalmente el examen de arbitrariedad a la previa concurrencia de una ilegalidad y entendiendo esta última como la contravención explícita a una norma con fuerza y rango de ley, indistintamente de la materia sobre la que verse. Del modo antes explicado, mientras el recurso de amparo español es una vía en que preferentemente se aplica la Constitución, en el caso chileno, la acción constitucional de protección es un contencioso de mera

legalidad, por intermedio del cual es más usual que se planteen vulneraciones a la normativa legal ordinaria que infracciones constitucionales.

Por último, respecto a los objetos tutelados, tanto el recurso de amparo como la acción constitucional de protección aseguran un amplio elenco de derechos fundamentales, en su mayoría, de primera generación. También, en ambos casos, los derechos fundamentales protegidos se encuentran especificados en un catálogo cerrado. No obstante, las situaciones jurídico-subjetivas tuteladas por intermedio de ambos institutos han sido ampliadas jurisprudencialmente, tanto aplicando la "tesis de la conexión", como por vía de una interpretación amplia de ciertos derechos fundamentales (las denominadas "estrellas del firmamento" jurídico-constitucional). En el caso de España, ello ocurre con la tutela judicial efectiva, mientras que en Chile acontece con el derecho de propiedad y, en alguna medida, con la igualdad ante la ley. La naturaleza de los derechos fundamentales con una fuerte *vis expansiva* en cada ordenamiento concuerda con el tipo de déficit de tutela ordinaria que más ha comprometido su adecuado funcionamiento.

10. Convergencia y divergencia en la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en España y Chile: el intérprete supremo, las vías hermenéuticas y el control de las interpretaciones judiciales

En este punto, los sistemas en comparación presentan notorias divergencias, que resultan determinantes para evaluar la eficacia de cada uno de ellos en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

La garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales requiere de la adopción de definiciones normativas destinadas a la consolidación de lineamientos interpretativos iusfundamentales que orienten el quehacer de todos los poderes públicos y, especialmente, de los órganos judiciales. En tal sentido, se concluye que, para que un sistema pueda alcanzar tal finalidad, debe establecer que un órgano jurisdiccional de la más alta jerarquía se erija en el intérprete oficial o supremo de los derechos fundamentales, además de instrumentar vías procesales para que dicha magistratura pueda desarrollar criterios jurisprudenciales objetivos sobre éstos y controlar la interpretación que desarrollen los demás órganos jurisdiccionales del Estado.

En tal sentido, el ordenamiento español designa expresamente al Tribunal Constitucional como el intérprete supremo de su Constitución y de los derechos

fundamentales proclamados en ella. Al mismo tiempo, permite que, a través de las vías de control de constitucionalidad de la ley y del recurso de amparo, este órgano pueda trazar lineamientos generales y objetivos sobre el sentido y alcance de tales derechos. Por último, también mediante el recurso de amparo, el guardián de la Constitución española puede controlar las interpretaciones que, sobre los derechos fundamentales, formule la justicia ordinaria.

A pesar de lo antes señalado y del funcionamiento coherente que, en tal sentido, presenta el ordenamiento español, no debe pasarse por alto que, dado que el recurso de amparo posee actualmente una función marcadamente objetiva, si el Tribunal Constitucional rigidiza en exceso la admisibilidad de dicho medio procesal, podría acabar coartando, de paso, sus propias posibilidades de actualizar los estándares sobre la aplicación de los derechos fundamentales en el foro doméstico y de participar fluidamente en el diálogo con las jurisdicciones internacionales sobre la protección y defensa de los derechos de los ciudadanos.

En el extremo opuesto, el ordenamiento chileno no estatuye formalmente a ningún órgano como el intérprete supremo de los derechos fundamentales, labor que podrían colmar tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, encontrándose esta última, de acuerdo al marco normativo vigente, en mejor posición para ello. Por otro lado, si bien el Tribunal Constitucional puede consolidar ciertos criterios objetivos sobre los derechos fundamentales, principalmente, a través de sus competencias de control abstracto de constitucionalidad de las leyes, no existe norma alguna que haga vinculante su doctrina jurisprudencial, ni se prevé consecuencia alguna en caso de inobservancia de ésta.

Por último, el ordenamiento chileno posee escasos medios procesales que propendan a la uniformidad hermenéutica en torno a los derechos fundamentales. En efecto, la Corte Suprema ha podido, a través de los recursos de nulidad penal y unificación de jurisprudencia laboral, cristalizar ciertas líneas interpretativas sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales en el marco de la persecución penal o de las relaciones laborales. Igualmente, dicha magistratura ha consolidado algunos criterios jurisprudenciales a través de los fallos librados en las sedes de reclamación de nacionalidad, declaración previa de error judicial y a través de las apelaciones de *hábeas corpus*. Sin embargo, por intermedio de la acción constitucional de protección, la Corte Suprema ha desarrollado escasos criterios objetivos sobre los derechos fundamentales, lo que, según concluimos, se debe a dos razones: por un lado, a que dicha magistratura

interviene como tribunal de apelación, recurso que le impide focalizar sus esfuerzos hacia una función nomofiláctica o centrada exclusivamente en los extremos jurídicos de la controversia y, por otro, al altísimo volumen de estos recursos sobre los que el máximo tribunal debe pronunciarse anualmente, lo que le impide estudiar y resolver detenidamente cada caso, debiendo, en muchas ocasiones, limitarse a confirmar, sin más, el fallo apelado.

Asimismo, en Chile resulta difícil plantear un diálogo coordinado y efectivo, respecto de los derechos de los ciudadanos, entre los estándares domésticos con aquellos desarrollados en el ámbito internacional o supranacional, por cuanto la producción de los primeros es una función dispersa entre distintos órganos jurisdiccionales, sin que ninguno ostente supremacía en la materia.

11. La eficacia en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales: "sistema" *versus* "modelo"

Tal como se reiteró, la eficacia en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, para efectos de esta investigación, ha sido medida en relación con la aptitud de las vías procesales de los ordenamientos en comparación para proveer tanto a la tutela subjetiva de éstos como a su vigencia objetiva.

Conforme a lo señalado, el conjunto de institutos procesales del ordenamiento español, sin perjuicio de algunas disfunciones, provee eficazmente a la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Lo anterior se concluye, teniendo en cuenta que su sistema de garantía subjetiva, dividido en cuatro niveles o capas, está compuesto por distintos órganos, que ejercen competencias diferenciadas, pero que operan coordinadamente. En particular, la separación entre la jurisdicción constitucional de la libertad y la justicia ordinaria es nítida, siendo la primera específica y exclusiva, pues los amparos ordinarios funcionan bajo una lógica de cognición limitada y el extraordinario, opera bajo un filtro procesal de subsidiariedad. Asimismo, existe una apropiada articulación entre jurisdicciones, la que se ha visto fomentada por el renovado protagonismo que, en la actualidad, ostenta el Poder Judicial en la protección de los derechos fundamentales y el discreto, pero trascendental, rol que el legislador orgánico reservó al Tribunal Constitucional a través del recurso amparo, tras la reforma de 2007. Por otro lado, la garantía objetiva de los derechos fundamentales se encuentra plenamente asegurada y tal asunción fue la principal justificación de la antedicha reforma, en la

medida que, desde su entrada en funcionamiento, el Tribunal Constitucional ha generado una rica doctrina jurisprudencial sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales, la que resulta obligatoria para todos los demás órganos jurisdiccionales. Asimismo, las decisiones de éstos últimos son revisables en amparo.

Así, siguiendo la propuesta de STERN, puede concluirse que España presenta un auténtico sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Éste tutela ambas dimensiones de tales derechos, a través de una serie de dispositivos procesales que, en general, operan armónica y coordinadamente.

En contraste, el caso chileno exhibe severas deficiencias, que comprometen la protección de los derechos fundamentales en sus faces subjetiva y objetiva. En efecto, el sistema de garantía jurisdiccional subjetiva, en su primer nivel o capa, no asegura la vigencia de la Constitución en todos los procesos judiciales, toda vez que la violación de los derechos fundamentales no es causal suficiente para el recurso de casación civil, cuya regulación es la general y supletoria. Por otro lado, en el tercer nivel de garantía se ubican varios amparos especiales de rango legal, que han sido creados de un modo asistemático, cubriendo ámbitos que ya tutelaban otros instrumentos de similar naturaleza y que, por ende, intersecan entre sí (como ocurre con todas las acciones antidiscriminatorias). Conectado con todo lo anterior, el nudo gordiano del sistema se encuentra en el cuarto nivel, pues la autonomía de la acción de protección permite impetrarla aun cuando existan otras vías procesales para incardinar la misma pretensión, rasgo que ha tornado inoperativos varios amparos legales y que, sumado a que ésta puede ser deducida contra cualquier tipo de particular y que su parámetro, en la práctica, es la ley y no la Constitución, también la ha convertido en el sustituto de un sinnúmero de acciones ordinarias. Con ello, la acción de protección despliega una enorme *vis atractiva*, que incluso sobrepasa el radio del sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales y le permite adentrarse en asuntos meramente legales. A su turno, en cuanto a la garantía objetiva, el ordenamiento chileno no asigna expresamente a ningún órgano jurisdiccional la función de actuar como intérprete supremo de los derechos fundamentales, y si bien posee ciertos cauces que permiten desarrollar alguna función hermenéutica, no existe una vía para controlar la interpretación iusfundamental que desarrollen los restantes jueces y tribunales.

Del modo antes descrito, el ordenamiento chileno presenta graves disfunciones en los institutos orientados a la garantía subjetiva de los derechos fundamentales y carece, casi por completo, de definiciones normativas que permitan garantizarlos objetivamente.

Por ello, más que un "sistema", Chile presenta una agregación de dispositivos procesales que, de un modo no siempre coordinado o armónico, tributan a la protección individual de los derechos fundamentales. Con lo anterior, puede afirmarse, entonces, que se trata más de un "modelo" de garantía jurisdiccional de éstos, que de un verdadero "sistema" en el sentido que se le ha dado a tal expresión en esta investigación.

12. Viabilidad del trasplante jurídico del sistema de garantía jurisdiccional español al ordenamiento chileno

El objetivo último de esta investigación consistía en evaluar la viabilidad del trasplante jurídico del sistema español de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales al ordenamiento chileno. Desde una perspectiva puramente subjetiva, ambos ordenamientos poseen sistemas de garantía compuestos por cuatro niveles, que responden a una configuración afincada en sus respectivas evoluciones jurídicas e institucionales.

En el mismo orden de ideas, las deficiencias que Chile exhibe en el primer nivel de garantía jurisdiccional subjetiva no se solucionarían por la importación del sistema español, pues ellas no estriban en la configuración constitucional del modelo chileno, sino que su corrección depende de la acción del legislador, quien debe ajustar los medios procesales existentes para compatibilizarlos con la plena operatividad de los derechos fundamentales en los procesos ordinarios. En el segundo nivel, Chile presenta un amplio elenco de acciones ante el Tribunal Constitucional que responden a patrones afincados en su propia evolución jurídica y cuyos problemas, más que solucionarse mediante la importación de esta capa del sistema de garantía jurisdiccional español, requerirían de una redefinición por parte del legislador orgánico. El tercer y cuarto niveles del modelo chileno presentan problemas que, asimismo, requieren ajustes legislativos, pero también tornan imprescindible una redefinición constitucional de la acción de protección, en tanto instituto de amparo extraordinario.

En vista de que algunas de las mayores disfunciones que presenta el modelo chileno de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales se conectan con el diseño y praxis de la acción de protección, resulta crucial realizar ajustes que las despejen o, al menos, las mitiguen.

En tal sentido, se considera que la acción constitucional de protección debería dejar de ser autónoma, introduciéndosele alguno de los filtros procesales que se reconocen

en el derecho comparado. Igualmente, el resultado de dicha acción no debería continuar dependiendo de la detección de un vicio de legalidad, lo que puede modificarse, ya mediante la supresión formal de los requisitos de ilegalidad y arbitrariedad que actualmente prevé el artículo 20 de la Constitución, ya mediante una reorientación de los criterios jurisprudenciales existentes a su respecto. En tercer lugar, se recomienda restringir la procedencia de la acción constitucional frente a particulares, permitiéndola sólo cuando se trate de un derecho fundamental cuyo destinatario pueda ser un privado, y únicamente para casos en que éste ostente una superioridad fáctica respecto del agraviado o cumpla una función equiparable a las del poder público. En cuarto lugar, la acción de protección debe poseer un régimen probatorio claro y definido, lo que habría de materializarse a través de una reforma a su procedimiento, sea que éste, manteniendo la situación actual, explicite que la prueba a rendir en este proceso sólo puede ser de tipo instrumental (como ocurre con el *mandado de seguranca* brasileño) o bien, que se habilite la rendición, dentro de un plazo breve, de cualquier tipo de probanzas (como ocurre en otros procedimientos especiales que actualmente se sustancian ante las Cortes chilenas).

Los razonamientos previamente sintetizados conducen a descartar la necesidad de un trasplante del sistema español de garantía jurisdiccional subjetiva al modelo chileno, corroborándose, en tal sentido, la hipótesis de trabajo formulada al inicio de esta investigación.

Sin embargo, allí donde el ordenamiento chileno presenta notorias carencias es en el sistema de garantía objetiva de los derechos fundamentales. La ausencia de una doctrina jurisprudencial consolidada sobre los derechos fundamentales, a diferencia de lo que opina la mayoría de la academia chilena, no es sólo responsabilidad de la judicatura, sino que, ante todo, se origina en una falta de previsiones normativas en torno al órgano jurisdiccional que debe cumplir la función de cierre hermenéutico, a la falta de obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, a la escasez de cauces para producir lineamientos objetivos y a la inexistencia de un medio procesal para controlar la interpretación que realicen las demás magistraturas.

Por tanto, en cuanto a la garantía jurisdiccional objetiva sí sería recomendable un trasplante parcial, operación que no necesariamente se refiere a la adopción exacta de las instituciones españolas, en cuanto su diseño orgánico o procedimental, pero sí, al menos, a la generación de una arquitectura jurídica que permita cumplir con las mismas tareas que, en dicho sistema, atiende el Tribunal Constitucional en esa materia. Con ello, la hipótesis formulada queda parcialmente refutada, en la medida que, contrariamente a lo

que originalmente se postulara, el modelo chileno sí requeriría de un trasplante jurídico parcial del sistema español, no siendo suficientes los ajustes de la acción constitucional de protección para satisfacer eficazmente la garantía jurisdiccional objetiva de los derechos fundamentales en dicho ordenamiento.

Todo lo anteriormente expuesto, permitiría reforzar la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile y, en esa línea, propendería a que la justicia constitucional de dicho ordenamiento comience a decir menos en nombre de tales derechos y más sobre su sentido y alcance.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACKERMAN, Bruce. "The living Constitution". Harvard Law Review, vol. 120, N° 7, 2007.

ACKERMAN, Bruce. The decline and fall of the American Republic. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. "Evolución y negación del derecho subjetivo". Revista Digital de Derecho Administrativo, vol. 5, 2011.

AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. "Derechos fundamentales-derechos humanos: ¿Una distinción válida en el siglo XXI?". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIII, N° 127, 2010.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian. "El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile". Ius et Praxis, vol. 13, N° 1, 2007.

AHUMADA RUIZ, Marian. La jurisdicción constitucional en Europa. Pamplona: Thomson Civitas, 2005, p. 312.

AITKEN, Robert y AITKEN, Marilyn. "Magna Carta". Litigation, vol. 35 N° 3, 2009.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile". Estudios Constitucionales vol. 5, N° 1, 2007.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Derechos Fundamentales. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2008.

ALEXY, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, vol. 11, 2009.

ALEXY, Robert. "Grundrechte als Subjektive Rechte und Als Objektive Normen". Der Staat, vol. 29, N° 1, 1990.

ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En CARBONELL, Miguel (coord.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge Rafael. "Garantía y solidaridad: los límites de los derechos". En: ENRÍQUEZ SÁNCHEZ, José María; MASFERRER, Aniceto; y AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (eds.) Derechos Humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017, capítulo 9°.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio. “La jurisprudencia del amparo económico: los tres grandes déficits de la última década”. Revista de Estudios Constitucionales, vol. 11, N° 1, 2013

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”. Anuario de Filosofía del Derecho, vol. 23, 2006.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. “Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la Teoría del Derecho)”. Anuario de Filosofía del Derecho, vol. XXIX, 2013.

ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Cuestiones constitucionales, vol. 22, 2010.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, vol. 3, 1989.

ARAGÓN REYES, Manuel. “Algunos problemas del nuevo recurso de amparo constitucional”. En: DEL MORAL GARCÍA MARTÍN, Antonio; MORENO VERDEJO, Jaime; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo et al. Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber amicorum, Madrid: Colex, 2015.

ARAGÓN REYES, Manuel. “Constitución y derechos fundamentales”. En: Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Universidad Autónoma de México, 1993.

ARAGÓN REYES, Manuel. “El futuro de la justicia constitucional”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 23, N° 1, 2019.

ARAGÓN REYES, Manuel. “Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo”. Otrosí, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. 10, 2012.

ARAGÓN REYES, Manuel. Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo, en Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 76, 2006.

ARÉVALO RAMÍREZ, Walter y GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio”. Ius et Praxis, volumen 24, N° 2, 2018.

ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz. “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”. Revista de Ciencias Sociales, vol. 65, 2014.

ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz. “Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión”. Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law, vol. 35, 2018.

ARROYO MORENO, Jesús Ángel. “El origen del juicio de amparo”. En: MORENO-BONETT, Margarita y GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio (coord.) La génesis de los derechos humanos en México. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Filosofía del derecho y transformación social. Madrid: Trotta, 2017.

ATRIA LEMAITRE, Fernando. “El sistema de acciones reales, parte especial: los interdictos posesorios.” Revista chilena de derecho privado, vol. 30, 2018.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

AYALA CORAO, Carlos Manuel. “Configuración del amparo como un derecho humano internacional: el aporte de México”. En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC GREGOR POISOT, Eduardo (coord.) México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional. Ciudad de México: UNAM Ediciones.

BACHOF, Otto. Jueces y Constitución. Madrid: Civitas, 1985.

BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. “Trasplante jurídico”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, vol. 17, 2019.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”. En: ALVAR, Jaime; AREAL Ludeña, Santiago; ASCENCIO MELLADO, José María et al. Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II, Madrid: Dykinson, 2008

BANACLOCHE PALAO, Julio. “El desarrollo de los derechos fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”. Estudios De Deusto, vol. 66, N° 2, 2018.

BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho privado. Tomo l. Buenos Aires: Editorial Jur. Europa América, 1967.

BARONE, Lorenzo. “La subsidiariedad hoy”. Cuadernos De Derecho Público, vol. 1, 2019.

BASSOK, Or. "The two countermajoritarian difficulties”. Saint Louis University Public Law Review, vol. 31, N° 2, 2012.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco. “El fundamento de los derechos fundamentales”. Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR), vol. 3, 2005.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid: Tecnos, 2004.

BAZÁN, Víctor. “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?”. Cuestiones constitucionales, vol. 20, 2009.

BELADIEZ ROJO, Margarita. “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional”. En: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Ob Cit.

BENNETT, Richard. “Counter-Conversationalism and the Sense of Difficult”. Northwestern University Law Review, vol. 95, 1998

BICKEL, Alexander. The least dangerous Branch. Nueva York: Bobbs-Merrill, 1962.

BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la Constitución reformada. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán. Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. Tomo VI. Buenos Aires: Ediar, 1995.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Constitución y contrato social". Revista Jurídica de Castilla y León, vol. 47, 2019.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La Constitución fue norma por ser pacto federal". Teoría y Realidad Constitucional, vol. 28, 2011.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Parlamento, principio democrático y justicia constitucional". Revista de Derecho (Valdivia), vol. XII, 2001.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 119, 2020.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. Retos a la Libertad y al Estado Constitucional. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

BILBAO UBILLOS, Juan María. "Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional". En: ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; BAR CENDÓN, Antonio; BARCELONA LLOP, Javier et al. Escritos Jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Tomo I: Derecho Público. Santander: Universidad de Cantabria, 1993.

BILBAO UBILLOS, Juan María. "Lección 14. Las garantías de los derechos fundamentales". En BIGLINO, BILBAO, REY et. al. Ob. Cit.

BILBAO UBILLOS, Juan María. "Los derechos fundamentales en la Constitución española". En: BIGLINO CAMPOS, Paloma; BILBAO UBILLOS, Juan María; REY MARTÍNEZ, Fernando; et. al. (coordinadores) Lecciones de Derecho Constitucional II. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

BILBAO UBILLOS, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: Sistema, 1991.

BOMHOFF, Jacco. "Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing". German Law Journal, vol. 9, N° 2, 2008. (Traducción del autor)

BON, Pierre. "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, vol. 11, 1992.

BONET NAVARRO, José. Casación penal e infracción de precepto constitucional. Pamplona: Aranzadi, Pamplona, 2000.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XII, 2001

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El recurso de protección chileno al banquillo”. Revista IUS 5(27), 2011.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El recurso de protección como proceso de urgencia”. Revista Chilena de Derecho, vol. 31, N° 2, 2003.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. Revista de Derecho (Valdivia), vol. 19, N° 2, 2006.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado.” Revista chilena de derecho, vol. 36, N° 2, 2009.

BOROWSKI, Martin. “La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales”. Revista Derecho del Estado – Universidad de Externado, vol. 45, 2020.

BORRAJO INIESTA, Ignacio. “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derechos, pronunciamientos, admisión, costes”. Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico, vol. 3, 2008.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. “Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en los países de la Europa del Este (Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Macedonia, Polonia y Rusia)”. Revista de Estudios Políticos, 2005.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La acción de inconstitucionalidad. México: Universidad Autónoma de México, 2000.

BRAGE CAMAZANO, Jorge. “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales a partir de la segunda posguerra”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, vol. 11, 2009.

BREWER-CARÍAS, Allan. “Control de constitucionalidad y justicia cautelar en los Estados Unidos: el caso de la orden ejecutiva sobre asuntos de inmigración de 27 de enero de 2017”. Revista de Administración Pública, vol. 203, 2017.

BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo. México: Porrúa, 1983.

BUSCH VENTHUR, Tania. “Organización de la justicia constitucional en la nueva Constitución”. En: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (coord.) Tránsito Constitucional. Camino hacia una nueva Constitución. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado ‘contra-amparo’”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 16, N° 47, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Casación Civil. Santiago: Olejnik, 2021.

CALDWELL, Peter. Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism, Durham y Londres: Duke University Press, 1997.

CANCER LALANNE, Enrique. "La Constitución como motivo del recurso de casación". Cuadernos de Derecho Público, vol. 7, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad. Lima: Palestra Editores, 2010.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. "Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, vol. 5, 2006.

CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su laberinto". En: CARBONELL, Miguel (ed.) Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2009.

CÁRCAMO TAPIA, Roberto. "Reparaciones pecuniarias en sentencias de protección: A propósito de la jurisprudencia sobre desvinculaciones de funcionarios públicos". Revista de Derecho Público, vol. 92, 2020.

CARMONA CUENCA, Encarnación. "El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro". En: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y CARMONA CUENCA, Encarnación (coord.) La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

CARNOTA, Walter. A sesenta años del caso Lüth, en Diario DPI Suplemento Derecho Público Comparado vol. 9, 2018. Disponible en: https://www.dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/10/Carnota-Publico-Comparado-2.10.pdf (fecha de visita: 7 de julio, 2023)

CARPIO MARCOS, Edgar. "La Jury Constitutionnaire en el pensamiento de Sièyes". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 95, 1999

CARRASCO DURÁN, Manuel. "El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y práctica del recurso de amparo". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 21, N° 63, 2001.

CARRASCO DURÁN, Manuel. "La defensa de los derechos fundamentales procesales ante la jurisdicción ordinaria: la ley orgánica 19/2003 de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial". En: LUCAS y CARMONA. Ob. Cit.

CARRASCO DURÁN, Manuel. "La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 95, 2012.

CARRASCO DURÁN, Manuel. Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CARRERA SILVA, Liliana. "La acción de tutela en Colombia". Revista IUS, vol. 27, 2011.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo. “El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo”. Revista de Administración Pública, vol. 65, 1971.

CARRILLO, Marc. “La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, vol. 11, 1992.

CARRILLO, Marc. “La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible”. Revista Vasca de Administración Pública, vol. 81, 2008.

CARRILLO, Marc. “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Cuadernos de Derecho Público, vol. 7, 1999.

CASARINO VITERBO, Mariano. Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

CASAS BECERRA, Lidia, y LAGOS TSCHORNE, Catalina. “Análisis Crítico de La Acción de No Discriminación Arbitraria a La Luz de Los Primeros Casos”. Anuario de Derechos Humanos, vol. 10, 2014.

CASCAJO CASTRO, José Luis y GIMENO SENDRA, Vicente. El recurso de amparo. Madrid: Tecnos, 1995.

CASCAJO CASTRO, José Luis. “La jurisdicción constitucional de la libertad”. Revista de Estudios Políticos, vol. 199, 1975.

CASINO RUBIO, Miguel. “La especial transcendencia constitucional del recurso, los recursos de amparo administrativos y otros apuntes críticos sobre la última doctrina constitucional”. En: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Situaciones jurídicas subjetivas. Madrid: Reus, 1963.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”. Justicia Constitucional: Revista de jurisprudencia y doctrina, vol. 1, N° 2, 2005.

CAZOR ALISTE, Kamel y PICA FLORES, Rodrigo. “Delimitación de las esferas jurisdiccionales entre los tribunales ordinarios y el tribunal constitucional”. Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 26, 2019

CAZOR ALISTE, Kamel y PICA FLORES, Rodrigo. “Tribunal constitucional y control concreto en Chile: ¿evolución hacia un amparo imperfecto?” Revista General de Derecho Constitucional, vol. 7, 2009.

CAZOR ALISTE, Kamel y ROJAS CALDERÓN, Christian. “Las deficiencias estructurales y prácticas de la acción de protección”. Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 16, N° 1, 2009.

CAZOR ALISTE, Kamel. “Casos paradigmáticos de la acción de inaplicabilidad como amparo imperfecto”. En: MARSHALL BARBERÁN PABLO (coord.) Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis crítico. Santiago: Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011

CAZOR ALISTE, Kamel. “El fenómeno de la constitucionalización del derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”. En: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.) La constitucionalización del derecho chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

CAZOR ALISTE, Kamel. “La acción de protección: ¿técnica de solución de antinomias de derechos fundamentales?”. Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 16, N° 2, 2009.

CAZOR ALISTE, Kamel. “La jurisdicción constitucional en Chile”. Revista de Derecho (Valdivia) vol. XII, 2001.

CEA EGAÑA, José Luis. “Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico”. Revista de derecho (Valdivia), vol. 16, 2004.

CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional chileno, Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2004

CODDOU MACMANUS, Alberto; SCHÖNSTEINER, Judith; VIAL SOLAR, Tomás. La Ley Antidiscriminación en Chile: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile. En VIAL SOLAR, Tomás (coord.) Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013. Santiago: Universidad Diego Portales, 2014.

COHEN, David; DONLEY, Greer y REBOUCHÉ, Rachel. “The new abortion battleground”. Columbia Law Review, vol. 123, N° 1, 2023.

COMANDUCCI, Paolo. Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2016.

CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”. Revista de Estudios Constitucionales, vol. 18 N° 2, 2020.

CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. “El amparo judicial en lo contencioso-administrativo”. En: Gabaldón López, José (dir.) Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, N° XXVII, Madrid: CGPJ, 1994.

CORTE SUPREMA. Rol 6720-2010. David Baeza Rami contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción, Sra. María Leonor Sanhueza, Sra. Sara Herrera Merino y el abogado integrante don Hugo Tapia Elorza; 10 de septiembre de 2010. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. La tutela cautelar en el proceso civil. Santiago: Thomson Reuters, 2016.

COURTIS, Christian. “El derecho a la alimentación como derecho justiciable”. En: COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.) La protección judicial de los derechos sociales, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

COURTIS, Cristian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. En: COURTIS, Cristian (ed.) Observar la ley. Madrid: Trotta, 2006.

COUSO SALAS, Javier y CODDOU MACMANUS, Alberto. “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”. Estudios constitucionales, vol. 8, N° 2, 2010.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2017.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador.” En: Jiménez Campo, Javier; López Guerra, Luis; Cruz Villalón, Pedro et al. Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Sobre el amparo”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 14, N° 41, 1994

CRUZ VILLALÓN, Pedro. La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1987.

CRUZ, Luis M. “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”. Díkaion, vol. 23, N° 18, 2009, p. 21; y SÁNCHEZ GIL. Ob. Cit.

CUSHMAN, Barry. “The Judicial Reforms of 1937”. William & Mary Law Review, vol. 61, N° 4, 2020.

DALLA VÍA, Alberto Riccardo. “La justicia constitucional en Argentina”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 1, 1997.

DE AREILZA CARVAJAL, José María. “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 15, N° 45, 1995.

DE JUAN CASADEVALL, Jorge. “La problemática ejecución de sentencias del TEDH en el Derecho español”. Revista De Las Cortes Generales N° 66, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978”. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, vol. 2-3, 1978.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. Curso de Derecho Procesal Civil. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2019.

DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Madrid: Civitas, 1981.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona: Ariel, 1995.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)". En: GONZÁLEZ DELGADO, José Ángel (coord.) Responsa iurisperitorum digesta, volumen 5. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. "La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung Der Grundrechte". Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, vol. 46, 1992.

DEGENHART, Christoph. "Los tribunales constitucionales de los Länder alemanes como garantes de su autonomía". Revista catalana de dret públic, vol. 39, 2009.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. "Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma". Ius et Praxis, vol. 21, N° 2, 2015.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. "El juicio de amparo: origen y evolución hasta la constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.) El juicio de amparo en la Constitución mexicana de 1917: pasado, presente y futuro. México: Universidad Autónoma de México, 2017

DELAVEAU SWETT, Rodrigo. "El amparo constitucional: una mirada empírica desde el derecho comparado y el recurso de protección en Chile". En: DELAVEAU SWETT, Rodrigo (ed.) Tribunal Constitucional de Chile y el Tribunal Constitucional de España – 2019. Santiago: Tribunal Constitucional de Chile, 2020.

DÍAZ CREGO, María. "Derechos sociales y amparo constitucional". Revista Vasca de Administración Pública 94, 2012, pp. 44 y 51.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. "Análisis cuantitativo de la acción especial antidiscriminación de la Ley Zamudio". Actualidad Jurídica, vol. 38, 2018.

DÍAZ GARCÍA, Elías. "Estado de derecho y democracia". Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, vol. 19-20, 2001.

DÍAZ GARCÍA, Elías. "Respeto a la ley". En: CEREZO GALÁN, Pedro (coord.) Democracia y virtudes cívicas. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "Interpretación de la Constitución y juez constitucional". Revista IUS, vol. 10, N° 37, 2016.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional". Quid Juris, vol. 6, 2008.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007". Estudios Constitucionales, vol. 7, N° 2, 2009.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?". En: Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (ed.) La nueva

perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo". En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ PICAZO-GIMÉNEZ, Ignacio. Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Madrid: McGraw Hill Interamericana, 1996.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva". Poder Judicial, vol. 5, 1987.

DIEZ-PICAZO, Luis María. "Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales". Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, vol. 20, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

DIP, Ricardo. Derecho natural y derechos humanos. De cómo el hombre imago dei se tornó imago hominis. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DUCE, Mauricio y VILLARROEL, Romina. "Indemnización por error judicial: una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017". Revista Política Criminal, vol. 14, N° 28.

DUGUIT, León. Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas. Granada: Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambrige: Harvard University Press, 1986.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La opción por un amparo 'estricto' y 'residual' en el Perú. Estudios Constitucionales, vol. 4, N° 2, 2006.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. Teoría jurídica de los derechos humanos. Madrid: Trama, 2005, p. XIX.

EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio. "Acción de Amparo Económico: es acción de garantía y no herramienta para el control de legalidad de las actividades económicas". Revista Chilena de Derecho, vol. 27, N° 1, 2000.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución". Revista de Administración Pública, vol. 89, 1979.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo. México: Universidad Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania". Revista de Estudios Políticos, vol. 7, 1979.

FALLON JR., Richard. "Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology". New York Law Review, vol. 76, 2001.

FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. Madrid: Ariel, 1994.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo y CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita. “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”. Revista Chilena de Derecho vol. 43 Nº1, 2016.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 81, 2007.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “El Principio Constitucional de Inexcusabilidad”. Revista de Derecho Público, vol. 80, 2014.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “La Nacionalidad en la Constitución”. Revista de Derecho (Valdivia), vol. 12, N° 2, 2001, p. 76.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El recurso de amparo en España”. Revista Jurídica de la Presidencia de la República (Brasilia), vol. 7, N° 74, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El trasfondo político y jurídico de la Marbury v. Madison decisión”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 15, año 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El voto particular de D. Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México (Nota introductoria sobre los antecedentes del Juicio de Amparo)”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 4, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional”. Revista de las Cortes Generales, vol. 84, 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La sentencia Marbury v. Madison”. Revista de las Cortes Generales, vol. 83, 2011.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. Pensamiento Constitucional, vol. 11, 2005, p. 28.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; y CAZOR ALISTE, Kamel. “El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. Revista de Derecho (Valdivia), vol 14., 2003.

FERRAJOLI, Luigi. “¿Qué es el garantismo?”, en TORNERO CRUZATT, Yuri y GASPAR CHIRINOS, Ángel (dirs.) Lecciones de filosofía del derecho: cartografía comparada de la crítica jurídica europea. Lima: IDEMSA, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. “Derechos Fundamentales”. En su: Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. “El derecho como un sistema de garantías”. Themis vol. 29, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. “El amparo iberoamericano”. Revista de Estudios Constitucionales, vol. 4, N° 2, 2006.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo. El principio de subsidiariedad en el recurso de amparo español. Revista Ars Juris, vol. 23-24, 2000.

FERRERES COMELLA, Víctor. “La eficacia de los derechos constitucionales entre particulares”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo IV. México: Universidad Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, 2008.

FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia Constitucional y Democracia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

FERREYRA, Gustavo. “Manifiesto sobre las garantías de los derechos. A propósito de los 20 años de la Constitución reformada”. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, vol. VIII, N° 13, 2013.

FISS M., Owen. The irony of free speech. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. “El Derecho de amparo en México y en España: su influencia recíproca”. Revista de Estudios Políticos, vol. 7, 1979.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La teoría de Allan R. Brewer Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano”. En CABALLERO ORTIZ, Jesús y ARISMENDI, Alfredo (coord.) El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías. Madrid: Civitas, 2003

FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Seminario sobre la acción de las autoridades nacionales en la protección de los derechos civiles y políticos”. En: CARPIZO, Jorge; ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique; FIX-ZAMUDIO, Héctor et al. La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983

FRIEDMAN, Barry. “Mediated Popular Constitutionalism”. Michigan Law Review, vol. 101, 2003.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. “Amparo interamericano”. En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y SILVA GALLINATO, María Pía (eds.) Acciones protectoras de derechos fundamentales. Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2014.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. “Constitución y medio ambiente: algunas ideas para el futuro”. Revista de Derecho Ambiental, vol. VI, N° 9, 2018.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010”. Revista chilena de derecho, vol. 39, N° 1, 2012.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010”. Revista chilena de derecho, vol. 39, N° 1, 2012.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. Introducción al nuevo proceso civil, volumen I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Decidir y argumentar sobre derechos. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razón y práctica de la legislación. Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, vol. 5, N° 9, 2000.

GARCÍA BARZELATTO, Ana María. "Indemnización por Error Judicial". En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "El Habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas". Revista Iuris Dictio, vol. 4, N° 7, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Los orígenes del hábeas corpus". Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, vol. 31, 1973.

GARCÍA COUSO, Susana. "La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales: adaptarse o quedar desplazado." CEFLegal. Revista práctica De Derecho, vol. 187-188, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador". Revista de Administración Pública, vol. 159, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CONDE, Eduardo. "Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 4, N° 10, 1984.

GARCÍA MORILLO, Joaquín; ESPÍN, Eduardo; LÓPEZ GUERRA, Luis et. al. Derecho Constitucional. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GARCÍA PELAYO, Manuel. "El 'status' del Tribunal Constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 1, N° 1, 1981.

GARCÍA PELAYO, Manuel. "Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, vol. 82, 1991.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

GARCÍA ROCA, Javier. "¿El confortable panorama de la tutela de los derechos fundamentales en los diversos procesos ordinarios y amparos judiciales?". En: LUCAS y CARMONA (coord.). Ob. Cit.

GARCÍA ROCA, Javier. "Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú)". Revista de Estudios Políticos, vol. 59, 1988.

GIMENO SENDRA, José Vicente. “De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos 44, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente. “Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 2, N° 6, 1982.

GIMENO SENDRA, Vicente. Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Colex, 2003.

GODOY ARAYA, Rodrigo. “Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”. Anuario de Derechos Humanos, vol. 10, 2014.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituiçao. Coimbra: Almedina, 2003.

GÓMEZ BERNALES, Gastón. Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Santiago: Universidad Diego Portales, 2005.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silva y MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional. I Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

GÓMEZ MONTORO, Ángel. “El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del tribunal constitucional español”. Cuestiones Constitucionales, vol. 3, 2003.

GONZAGA JAYME, Fernando y VIEIRA MAIA, Renata. “Análisis de la constitucionalidad de la legitimación de un partido político en la acción de mandato de seguridad”. Estudios Constitucionales, vol. 11, N° 1, 2013.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco. “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)”. Revista Española de Derecho Europeo, vol. 54, 2015.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. ¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo? Justicia administrativa. Revista de derecho administrativo, vol. 59, 2013.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. “La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la “objetivación” del recurso de amparo.” CEF Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, vol. 139-140, 2012.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 107, 2016.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. Los recursos de los particulares antelas más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado: España. Estrasburgo: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017.

GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría Del Derecho. Barcelona: GEDISA, 1999.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Sobre la naturaleza de la teoría de los derechos del hombre”, Revista de Derecho público, volúmenes 41-42, 2016

HÄBERLE, Peter. “El Derecho procesal constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”. En su: Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar. Lima: Palestra, 2004.

HÄBERLE, Peter. “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.) La justicia constitucional en Iberoamérica. Madrid: Dykinson, 1997.

HÄBERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional como poder político”. Revista de Estudios Públicos, N° 125, 2004.

HÄBERLE, Peter. “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, vol. 2, 1999.

HÄBERLE, Peter. La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John. El Federalista. Número 78, 1788. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html (fecha de visita: mayo 06, 2023).

HARO, Ricardo. “La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 16, 2012.

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Constitutionnel. Paris: Sirey, 1965.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. “Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia”. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), vol. 15, 2017.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “¿Hacia una ampliación del hábeas corpus por la Corte Suprema?”. Revista De Derecho (Coquimbo), vol. 20, N° 2, 2015.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)”. Ius et Praxis, vol. 20, N° 1, 2015

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes”. Revista De Derecho Aplicado LLM UC, vol. 1, 2018.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Acción de Protección. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Santiago: Der, 2018.

HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. “El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista”. Revista de Estudios Constitucionales, vol. 8, N° 1, 2010

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. “Apuntes sobre la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico constitucional español”. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, vol. 5, N° 3, 2007.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. “El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso”. Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, vol. 13, N° 15, 2015.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 88, 2010

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. “Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo. El caso Arribas Antón v. España del TEDH”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 108, 2016.

HERRERA GARCÍA, Alfonso. “El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?”. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, vol. 1, 2011.

HERRERA, Carlos-Miguel. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), vol. 86, 1994.

HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. En: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Wolfganf; et al. (autores). Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HOHFELD, Wesley. Conceptos jurídicos fundamentales. México: Fontamara, 1992, pp. 45-47.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

HORN, Hans-Rudolf. “Jueces versus diputados: sistemas americano y austríaco de la revisión judicial”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 6.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

HOWARD, David. “Rethinking State Inaction: An In-Depth Look at the State Action Doctrine in State and Lower Federal Courts”. Connecticut Public Interest Law Journal, vol. 16, N° 2, 2017.

HUHN, Wilson R. “The state action doctrine and the principle of democratic choice”. Hofstra Law Review, vol. 34, 2006.

IANNACCONE, Rosa. “‘El nuevo constitucionalismo latinoamericano’ y la forma de estado: algunas reflexiones a partir de los ordenamientos de Ecuador y Bolivia”. Revista de Derecho Constitucional europeo, Vol. 37, 2022.

JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law: Methodologies”. En: ROSENFELD y SAJÓ (eds.) Ob. Cit., p. 5. (Traducción del autor)

JAKAB, Andras y SONEVEND, Pál. “Continuidad con carencias: la nueva Ley Fundamental de Hungría”. Teoría y Realidad Constitucional, vol. 33, 2014.

JELLINEK, Georg. Sistema de los derechos públicos subjetivos. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2024.

JENKINS PEÑA Y LILLO, Gaspar. “La Acción de No Discriminación Arbitraria a la Luz de la Tutela Judicial Efectiva”. Revista de Estudios Constitucionales, vol. 18, N° 1, 2020.

KAUFMANN, Erich. Das Wesen de Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus: rechtsphilosophische Studie zum Rechtsstaats- und Vertragsbegriffe. Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. México: Universidad Autónoma de México, 1995.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. México: Porrúa, 2009.

KOLLER, Heinrich y BIAGNNI, Giovanni. “La nueva Constitución Federal Suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos destacados”. Teoría y Realidad Constitucional, vol. 10-11, 2002.

KRAMER, Larry. “The Supreme Court 2000. Term Forward: We the court”. Harvard Law Review, vol. 115, 2001.

KRÜGER, Herbert. “Die Einschrünkung von Grundrechten nach Grundgesetz”. Deutsches Verwaltungsblatt. Colonia: Carl Heymanns, Colonia, 1950.

LAGI, Sara. “Georg Jellinek: un pensador político liberal contra el gobierno despótico (1885-1898)”. Precedente. Revista Jurídica, vol. 19, 2021.

LAMBERT, Edouard. El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Madrid: Tecnos, 2009.

LANDA, César. “El proceso de amparo en América Latina”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, vol. XVII, 2011.

LARROUCAU TORRES, Jorge. La tutela judicial de los derechos fundamentales. Santiago: Der, 2021.

LAZZARINI, Juan Luis. “El juicio de amparo”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 4, 2000.

LEIBHOLZ, Gerhard. “El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”. Revista de Estudios Políticos, vol. 146, 1966.

LETURIA INFANTE, Francisco. “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿Es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales”. Estudios Constitucionales, vol. 16, N° 1, 2018.

LIMBACH, Jutta. “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol. 3, 2000.

LOMBARDI, Giorgio. Potere privato e diritti fondamentali. Turín: G. Giappichelli, 1970, p. 132.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. “Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada”. Revista Colombiana de Derecho Internacional, vol. 3, N° 5, 2005.

LÓPEZ GUERRA, Luis. La Constitución de España. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023.

LÓPEZ MASLE, Julián. “Principios y Garantías del sistema procesal penal chileno”. En: HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal chileno, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2022.

LÓPEZ NAVÍO, Ana. “A vueltas con la problemática del incidente ‘excepcional’ de nulidad de actuaciones y su relación con el recurso de amparo constitucional”. Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época, vol. 20, 2020.

LÓPEZ PIETSCH, Pablo. “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 18, N° 53, 1998.

LOVERA PARMO, Domingo y PERRICONE, Anita. “¿El recurso de protección chileno como oportunidad para la movilización legal? Más allá de las cortes (y sus sentencias)”. Cuestiones constitucionales, vol. 47, 2022.

LOZADA PARDO, Alí. “Hohfeld en la teoría de Alexy y más allá”. Revista Iberoamericana de argumentación, vo1.3, 2016.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. “Presentación”. En: LUCAS y CARMONA (coord.). Ob. Cit., p. 14.

MACHADO MARTINS, Priscila. “La cosa juzgada material secundum eventum probationis en la acción constitucional de protección”. Revista Chilena de Derecho, vol. 46, Nº 3, 2019.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del siglo XIX”. Revista de Derecho Político, vol. 41, 1996.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”. Revista IUS, vol. 5, N° 27, 2011.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno: una instancia más”. En: PALOMO VÉLEZ, Diego (dir.) Recursos procesales. Problemas actuales. Santiago: Der, 2017.

MARTÍNEZ ANDREU, Ernesto. “Los principios fundamentales del juicio de amparo. Una visión hacia el futuro”. En: GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) El Juicio de Amparo. A 160 años de la primera sentencia. Tomo I. México: Universidad Autónoma de México, 2019.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los derechos sociales”. En: PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (coord.) Teoría Constitucional. Santiago: LexisNexis, 2006.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. “Historia del juicio de amparo contra leyes: el amparo Vega”. Revista IUS, vol. 13, N° 43, 2019.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2018.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier. “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 86, 2009

MEDINA GUERRERO, Manuel. Artículo 53.2. “Las específicas garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales”. En RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir.) Comentarios a la Constitución Española. Madrid: Boletín Oficial del Estado BOE, Tribunal Constitucional, Wolters Kluwer España y Ministerio de Justicia de España, 2018.

MEDINA RUBIO, Ricardo. “La idea de amparo y el principio de subsidiariedad”. Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho, vol. 1, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. Sao Paulo: Malheiros Editores, 1991, p. 22.

MEUWISSEN, “Katrien. NHRIs and the State: New and Independent Actors in the Multi-layered Human Rights System?”. Human Rights Law Review, vol. 15, N° 3, 2015.

MEZZETTI, Luca. “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”. Estudios Constitucionales, vol. 7, N° 2, 2009.

MITCHELL, George. “Stare decisis and constitutional text, en Michigan Law Review”, vol. 110, 2011.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. El Recurso de Casación Civil. Casación e Infracción Procesal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

MONTESINOS PADILLA, Carmen. “Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales”. Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad, vol. 11, 2016

MORESO, Josep Joan. “Alexy y la aritmética de la ponderación”. En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (coord.) Derechos sociales y ponderación. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

MORESO, Josep Joan. “Guastini sobre la ponderación”. Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho, vol. 17, 2002.

MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. Los recursos procesales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

MUÑOZ LEÓN, Fernando. “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación”. Revista de Derecho, vol. XXXI, N° 2, 2018.

NARANJO ROMÁN, Rosario. El recurso de amparo. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “35 años del Recurso de Protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”. Estudios Constitucionales, vol. 10, N° 2, 2012.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012”. Revista de derecho (Valparaíso), vol. 39, 2012.

NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht. Krefeld: Scherpe, 1961.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - Tomo II, 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 4, 2000.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Derecho de Amparo o Protección de los Derechos Humanos, Fundamentales o Esenciales en Chile: Evolución y Perspectivas”. En su: Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina. Talca: Universidad de Talca, 2000

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El hábeas corpus o recurso de amparo en Chile”. Revista de Estudios Políticos, vol. 102, 1998.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”. Revista Ius et Praxis, vol. 13 N° 1, 2007.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”. Revista Ius et Praxis, vol. 16, N° 1, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. Revista Ius et Praxis, vol. 8, N° 2, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México: Universidad Autónoma de México, 2003.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional.” Estudios constitucionales, vol. 10, N° 1.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto. “El artículo 53 de la Constitución Española de 1978. Esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales”. Revista de Derecho Político, vol. 100, 2017.

OLIVER ARAUJO, Joan. “El recurso de amparo en la Segunda República Española (1931-1936) y la posterior Guerra Civil (1936-1939)”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 14, 2010.

OTERO LATHROP, Miguel. “La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público”, Libro segundo. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

PADRÓS REIG, Carlos. “La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional”. Revista de Administración Pública, vol. 209, 2019.

PALOMO VÉLEZ, Diego. “Amparo constitucional en España: Estudio sobre una experiencia de dulce y agraz”. Estudios Constitucionales, vol. 5, N° 1, 2007.

PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio. “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática.” Revista chilena de derecho, vol. 42, N° 1, 2015.

PASCUA MATEO, Fabio. “El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998”. Revista de Administración Pública, vol. 185, 2011.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “La subsidiariedad, principio estructural del Derecho Internacional de los derechos humanos”. En: CARDONA LLORENS, Jorge (coord.) Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. Valencia: Editorial Tirant Lo, Valencia, 2009.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Ética, política y Derecho: el paradigma de la modernidad”. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, vol. 70, 1999. 540-554.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Sobre el puesto en la Historia de los derechos fundamentales”. Anuario de Derechos Humanos, vol. 4, 1987.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: Teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, 2014.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997.

PEÑA TORRES, Marisol. “Acción de Protección”. En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit., pp. 41-42.

PÉREZ AUBEL, Ariel. “Inaplicabilidad, reforma constitucional y vicios de forma (Tribunal Constitucional)”. Revista De Derecho, 36(1), 2023.

PÉREZ LÓPEZ, Miguel. “Oscilaciones entre el amparo y la jurisdicción administrativa: Notas sobre la jurisprudencia dedicada a la excepción al principio de definitividad en el juicio de amparo administrativo (el nuevo criterio de 2007)”. Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 41, N° 123, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 4, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2011.

PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 111.

PÉREZ ROYO, Javier. “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: las garantías constitucionales”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, vol. 12, 1992.

PÉREZ TREMPS, Pablo. “La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”. Estudios Constitucionales, vol. 3, N° 1, 2005.

PÉREZ TREMPS, Pablo. “La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre ‘morir de éxito’ o ‘vivir en el fracaso’. Teoría y Realidad Constitucional, vol. 41, 2018.

PÉREZ TREMPS, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, vol. 2, 2003.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el país”. Ius et Praxis, vol. 7, N° 2, 2001.

PICA FLORES, Rodrigo. “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho Chileno”. Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 16, N° 2, 2009.

PINOCHET CANTWELL, Francisco. El Recurso de Protección. Santiago: El Jurista, 2020.

PIZZORUSSO, Alessandro. “Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos”. Revista Judicial de Costa Rica 118, 2016.

PIZZORUSSO, Alessandro. “La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto”. En: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.) Fundamentos N° 4: La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2006.

POLAKIEWICZ, Jörg. Europe’s multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks, 2016.

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. “Acción de amparo económico”. En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit.

POST, Robert. “Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review”. California Law Review, vol. 86, N° 3, 1998.

PRIETO MOLINERO, Ramiro. El abuso del derecho. Buenos Aires: Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “El Tribunal Constitucional”. En: DEL CAMPO, Salustiano y TEZANOS, José Félix (dir.) y JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel y VALLESPÍN, Fernando (ed.) España Siglo XXI. 2 La Política. Madrid: Instituto de España y Fundación Sistema, 2008, p. 262.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones: los recursos de amparo mixtos”. Revista Española de Derecho Constitucional vol. 66, 2002.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. “Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva”. Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época), vol. 15, 2015.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma. "Nuevos parámetros de constitucionalidad". Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, vol. 4, 2006.

REY MARTÍNEZ, Fernando. "Presentación. Derechos Fundamentales en América Latina: balance y tendencias". En: Rey Martínez, Fernando (dir.) Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes. Madrid: Editorial Complutense y FIIAPP, 2011

REY MARTÍNEZ, Fernando. "Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 27, N° 81, 2007.

RIBERA NEUMANN, Teodoro; BERTELSEN REPETTO, Raúl; BARROS BOURIE, Enrique et. al. "Tribunal Constitucional de 1980". Estudios Públicos, vol. 27, 1987.

RIED UNDURRAGA, Ignacio. "El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad". Estudios constitucionales, vol. 13, N° 1, 2015.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. "Delimitación del recurso de protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales". En: NOGUEIRA. Ob. Cit., 2000.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. "Alcances de la acción de amparo ante el Juez de Garantía". Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 25, N° 1, 2018.

ROCA PELÁEZ, Carlos. "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y su relación con el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 27, N° 1, 2023.

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. "Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad". Política Criminal, vol. 15, Nº 29, 2020.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. "El incidente de nulidad de actuaciones". Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 25, N° 1, 2021.

ROLLA, Giancarlo. "El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo". Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, vol. 49, 2003.

ROLLA, Giancarlo. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Lima: Grijley, 2008.

ROMBOLI, Roberto. "Derechos fundamentales entre Juez y Legislador". Revista Judicial de Costa Rica, volumen 120, 2017, pp. 17-18.

ROSENFELD, Michael y SAJÓ, Andras. "Introduction". En: ROSENFELD, Michael y SAJÓ, Andras (eds.) The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “El recurso de amparo”. En: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Estudios sobre jurisdicción constitucional. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1997.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “El Tribunal Constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 71, N° 24, 2004.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 12, N° 35, 1992.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 2, N° 4, 1982.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe”. Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. 12, 1996.

RUIZ MIGUEL, Carlos. “Concept, genèse et évolution de l’amparo: le modèle espagnol”. Cahiers de la Recherche sur les Droits Fundamentaux, vol. 15, 2017.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Constitucionalismo Clásico y Moderno: Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional. Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2013.

RUIZ TARRÍAS, Susana. El Recurso de Amparo Constitucional, 2012.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, María José. La tutela judicial efectiva. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una categoría ruinosa”. Revista de Derecho Público, vol. 61, 1999.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: igualdad y derechos sociales y económicos en Chile”. *Derecho y Humanidades*, vol. 15, 2009.

SAGER, Lawrence. “Constitutional Justice”. New York University Journal of Legislation & Public Policy, vol. 11, 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El derecho de amparo en Argentina”. En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) El Derecho de Amparo en el mundo. México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, 2006.

SALAS ASTRAIN, Jaime. Problemas del proceso penal: investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales. Santiago: Librotecnia, 2009, pp. 82-83.

SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2006.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. “Valores constitucionales”. En: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor; GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; et al. (coordinadores) Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a

Jorge Carpizo. Estado Constitucional. Tomo IV Volumen 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Reflexiones sobre la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a las Administraciones Públicas". En: LUCAS y CARMONA. Ob. Cit.

SARAZÁ JIMENA, Rafael. La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

SASTRE ARIZA, Santiago. "Derecho y garantías". Jueces para la Democracia, vol. 38, 2000.

SAUCA CANO, José María. "La provisionalidad de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona". Revista de las Cortes Generales, vol. 24, 1991.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SCHÖNDORF-HAUBOLD, Bettina. El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza multinivel Alemania: El Tribunal Constitucional Federal. Bruselas: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2016.

SCHULZ, Fritz. Derecho Romano clásico. Barcelona: Bosch, 1960.

SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes. México: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

SIERRA SOROCKINAS, David y GÓMEZ CABANA, María Claudia. "Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales en el constitucionalismo colombiano". Estudios de Derecho, vol, 68, N° 52, 2011.

SIEYÈS, Emanuel. "Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del Termidor". En PANTOJA, (comp.) Ob. Cit.

SIEYÈS, Emanuel. "Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución". En: PANTOJA, David (comp.) Escritos Políticos de Sieyès. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

SILVA GALLINATO, María Pía. "Acción por vulneración de derechos del contribuyente". En: HENRÍQUEZ y SILVA. Ob. Cit.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. "Supremacía constitucional y tutela laboral". Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, N° 1, 2011.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales. Santiago: Legal Publishing, 2009.

SIMÓN YARZA, Fernando. "Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad". Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 129, 2023.

SMEND, Rudolf y KELSEN, Hans. “La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar: ‘Constitución y Derecho constitucional’ versus ‘El Estado como integración. Una controversia de principio”. Estudio introductorio de José María Beneyto, Juan Antonio García Amado y Gregorio Robles Morchón; traducción de José María Beneyto y Juan Antonio García Amado. Madrid: Tecnos, 2019.

SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. “Algo sobre los antecedentes de nuestro juicio de amparo”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 63, 1988.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 11, N° 32, 1991.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Los derechos fundamentales en la Constitución española”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), vol. 105, 1999.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. Revista de Estudios Políticos, vol, 71, 1991.

SOTILLO ANTEZANA, Aquiles Ricardo. “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Revista Ciencia y Cultura, vol. 19, N° 35, 2015.

SOTO KLOSS, Eduardo. “‘Sin perjuicio de’ en el recurso de protección.” Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, vol 6.

SOTO KLOSS, Eduardo. El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982.

SPECTOR, Horacio. “La filosofía de los derechos humanos”. Isonomía, vol. 15, 2001.

STARCK, Christian. “Consenso fundamental nacional y Tribunales Constitucionales (una reflexión jurídica comparada)”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 8, 2004.

STARCK, Christian. “Derechos fundamentales y derecho privado”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 22, N° 66, 2002.

STARCK, Christian. “Jurisdicción Constitucional y tribunales ordinarios”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 18, N° 53, 1998.

STARCK, Christian. “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, vol. 7, 2003.

STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2011.

STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, volumen III. Münich: C.H. Beck, 1994, pp. 1755-1756.

TAJADURA TEJADA, Javier. “El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la justicia constitucional en Europa”. Revista Vasca de Administración Pública [Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkari] vol. 99-100, 2014.

TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. Revista Doxa, vol. 22, 1999.

TARUFFO, Michele. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil. Lima: Palestra, 2005.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. “Aclaración de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del contraamparo y especial trascendencia constitucional”. UNED Revista de Derecho Político, vol. 117, 2023.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. “Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional”. Teoría y Realidad Constitucional, vol. 50, 2022.

TUSHNET, Mark. “Dialogic Judicial Review”. en Arkansas Law Review, vol. 61, 2008. , p. 335. HIRSCHL, Ran. “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”. The American Journal of Comparative Law, vol. 53 N° 1, 2005.

URBINA, Natalia. “El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016”. Revista IIDH, N°65, 2017.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. “Seleccionar lo (menos) importante”. En MORALES ARROYO, José María (dir.) Recurso de Amparo, Derechos, Fundamentales y Trascendencia Constitucional (el Camino Hacia la Objetivación del Amparo Constitucional en España). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

VALENZUELA VILLALOBOS, Williams Eduardo. “La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia”. Estudios constitucionales, vol. 17, N° 1, 2019.

VARAS ALFONSO, Paulino. “El recurso o acción constitucional de amparo y el recurso o acción legal de amparo en el Código Procesal Penal”. Revista de Derecho Público, vol. 63, 2001.

VARELA DÍAZ, Santiago. “La idea del deber constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 2, N° 4, 1982.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional, Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile, 1994.

VERGARA BLANCO, Alejandro. Código Administrativo General. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.

VILLACORTA MANCEBO, Luis. “La Constitución como ‘tarea’, la optimización de los Derechos Fundamentales como resultado en el Estado del Bienestar”. Revista De Las Cortes Generales, vol. 37, 1996.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. “Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad”. Cuadernos de Derecho Público, vol. 18, 2003.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. “Los otros procesos del amparo judicial ordinario. Procesos específicos y genéricos”. En LUCAS y CARMONA (coord.). Ob. Cit.

VILLEY, Michel. Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

VITA, Leticia. “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932”. Lecciones y Ensayos, vol. 99, 2017.

VOGT GEISSE, Thomas. “El sentido de una tutela judicial de derechos fundamentales de carácter subsidiaria”. Ius et Praxis, vol. 29, N° 2, 2023.

VON BOGDANDY, Armin y PARIS, Davide. “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”. Revista Derecho del Estado, vol. 43, 2019

VON IHERING, Rudolf. El fin en el derecho. Madrid: B. Rodríguez Serra, 1910.

VON IHERING, Rudolf. La lucha por el derecho. Madrid: Dykinson, 2018.

VON MÜNCH, Ingo. “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania”. Revista de Estudios Políticos, vol. 7, 1979.

VON WRIGHT, Georg Henrik. Norma y Acción. Una investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1970.

WAHL, Rainer y WIELAND, Joachim. “La jurisdicción constitucional como un bien escaso: el acceso al el Bundesverfassungsgericht”. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 17, N° 51, 1997.

WALD, Arnold. “As origens do mandado de segurança”. Revista Do Serviço Público, vol. 72, N° 3, 1956.

WATSON, Alan. Legal Transplants: An approach to comparative literature. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WINDSCHEID, Bernhard. Tratado de Derecho Civil Alemán. Tomo l, Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2007.

ZAVALA ORTIZ, José Luis. Jurisprudencia del Recurso de Protección. Santiago: Libromar, 2021.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso. Acciones constitucionales. Santiago: Lexis Nexis, 2003.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “A propósito de la ‘agonía’ o ‘muerte’ del recurso de protección ambiental”. Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado. Universidad de Chile, vol. 7.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Acción de indemnización por error judicial. Reforma Constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia”. Revista de Estudios Constitucionales vol. 6, N° 2, 2008.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Control de Constitucionalidad de Autos Acordados”. Revista de Estudios Constitucionales, vol. 9, N° 1, 2010.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las ‘cuestiones políticas’”. Ius et Praxis, vol. 14, N° 2, 2008.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Tribunal Constitucional. Problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional”. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, vol. 14, 2009.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Heinz. Introducción al Derecho Comparado. Oxford University Press, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol 12204-2016. Santana con Isapre Banmédica S.A.; 10 de junio de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Rol 50-2019 Policía Local. Juan Alejandro Sanhueza Gutiérrez con Supermercado Líder Hipermercado Talca Ltda.

CORTE SUPREMA DE ARGENTINA. “KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares (5-958)”; 5 de septiembre de 1998. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kot-samuel-srl-accion-amparo-acto-particulares-5-958-fa58003244-1958-09-05/123456789-442-3008-5ots-eupmocsollaf

CORTE SUPREMA DE ARGENTINA. “Siri, Ángel S.”; 27 de diciembre de 1957. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autnoma-buenos-aires-siri-angel-fa57997827-1957-12-27/123456789-728-7997-5ots-eupmocsollaf

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 219 U.S. 346. Muskrat v. Estados Unidos; 23 de enero de 1911. Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/219/346/

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. 398 U.S. 144 (1970). Adickes v. S. H. Kress & Co.;1 de junio de 1970. Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/144/

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. 5 U.S. 137 (1803). Marbury v. Madison; 24 de febrero de 1803. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/marbury-v-madison.pdf

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 170273-2022. Pizarro con Ministerio Del Medio Ambiente (acumulada); 26 de mayo de 2023. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 21027-2019. Confederación Nacional de Funcionarios con Tribunal Constitucional; 7 de octubre de 2019.

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 2925-2017. Sepúlveda San Martín Silvia Alejandra con Isapre Colmena Golden Cross S.A; 8 de junio de 2017, prevención del Ministro Aránguiz y el Abogado Integrante Matus.

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 40597-2016. Santana con Isapre Banmédica S.A.; 9 de agosto de 2016.

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 41152-2019. Juan Alejandro Sanhueza Gutiérrez con Supermercado Líder Hipermercado Talca Ltda.

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 6029-2017. Álvarez Alquinta Cristián y otros con Secretario Regional Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Cuarta Región de Coquimbo; 27 de febrero de 2018. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 6720-2010. David Baeza Rami contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción, Sra. María Leonor Sanhueza, Sra. Sara Herrera Merino y el abogado integrante don Hugo Tapia Elorza; 10 de septiembre de 2010. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema (fecha de visita: 12 de noviembre, 2023).

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol 770-2007. Contreras Toro Juan Arcadio con Contralor General de la República; 19 de marzo de 2007. Disponible en: https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema

CUARTO TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LA REGIÓN METROPOLITANA. RIT GR-18-00072-2015. WW con SII; 25 de enero de 2016. Disponible en: https://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_judicial/tribunales_tributarios/2016/jj4322.htm

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. ATC 188/2008, de 21 de julio. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/21771

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. ATC 29/2011, de 17 de marzo, Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/22504

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 1/1981, de 26 de enero. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 110/1988, de 8 de junio. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1051

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 112/2019, de 3 de octubre. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15679

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 120/1990, de 27 de junio. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1545

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 155/2009, de 25 de junio. Disponible: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6574

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 185/1990, de 15 de noviembre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 19/1983, de 14 de marzo. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/147

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 190/2020, de 15 de diciembre. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-1124

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 25/1981; 13 de agosto de 1981. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 53/1985, de 18 de mayo de 1985. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 78/1988, 25 de mayo de 1988. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1019

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Sentencia BVerfGE 18, 85 [92]; 10 de junio de 1964.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Sentencia BVerfGE 6, 32; de 16 de enero de 1957.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 1340-09. Requerimiento de inaplicabilidad del juez presidente del Juzgado de Familia de Puadahuel, en la causa RIT C-111-2009, caratulada 'Muñoz con Muñoz', sobre la aplicación del artículo 206 del Código Civil.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 2105-2011, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juzgado de Familia de Temuco respecto de los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio de la Ley N° 19.585, en los autos sobre reclamación de filiación, de que conoce el Juzgado de Familia de Temuco, bajo el RIT C-1975-2011

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 1557-09. "Requerimiento por inconstitucionalidad de Isapre Cruz Blanca S.A. respecto del apartado 11º del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, de las Garantías Constitucionales dictado por la Corte Suprema, en relación al rol de ingreso Nº 765 – 2009, pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 834-07, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Julio Magri Rabaglio respecto de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, en relación a la causa caratulada 'Magri con Magri', RIT Nº C-680-2007, RUC 07-2-0098411-5, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Demanda Nº 16563/11. Arribas Antón v. España; 20 de enero de 2015. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427748203-sentencia_ARRIBAS_ANTON_c__Espa%C3%B1a.pdf

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Demanda nº 27926/21. Fragoso Dacosta v. España; 8 de junio de 2023. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Fragoso%20Dacosta%20c.%20Espa%C3%B1a.pdf

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitud 4451/70; apartado 33. Golder v. Reino Unido; 21 de febrero de 1975. Disponible en: https://es.scribd.com/document/508644690/CASE-OF-GOLDER-v-THE-UNITED-KINGDOM-Spanish-Translation-summary-by-the-Spanish-Cortes-Generales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitud 5029/71; apartado 67. Klass y otros v. Alemania; 6 de septiembre de 1978. Disponible en: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/55425/1/34198-95543-1-PB.pdf

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitudes 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75; apartado 113.b). Silver y otros v. Reino Unido; 25 de marzo de 1983,. Disponible en: https://ddhh.es/wp-content/uploads/2020/09/silver-reino-unido.pdf (12 octubre, 2022). También, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia solicitud 9248/81, apartado 77.b). Leander v. Suecia; 26 de marzo de 1987. Disponible en: https://data.guardint.org/en/entity/k92hx23u9s?page=1

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia 476/2017, de 26 de junio. Disponible en: https://vlex.es/vid/685581397

NORMAS JURÍDICAS

ACTA CONSTITUCIONAL N° 3 DE 1976 (Chile). Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6656

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. Hoja informativa del ACNUR. El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR), 2003.

AUTO ACORDADO S/N. Acta 94-2015 que establece el texto refundido del Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales; 28 de agosto de 2015. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740.

CÓDIGO DEL TRABAJO CHILENO. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436.

CONSTITUCIÓN ARGENTINA. Disponible en: https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap2.php#:~:text=%2D%20Todos%20los%20habitantes%20gozan%20del,tienen%20el%20deber%20de%20preservarlo.

CONSTITUCIÓN DE ALBANIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Albania 1998. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/alb.

CONSTITUCIÓN DE BULGARIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Bulgaria 1991. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/bgr

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. Disponible en: https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4/articulo-86

CONSTITUCIÓN DE CROACIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Croacia 1991. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/hrv.

CONSTITUCIÓN DE ESLOVENIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Eslovenia 1991. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/svn.

CONSTITUCIÓN DE FRANCIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Francia 1958. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/fra.

CONSTITUCIÓN DE GEORGIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Georgia 1995. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/geo.

CONSTITUCIÓN DE LA FEDERACIÓN DE RUSIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Rusia 1993. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/rus.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA DE 1931. Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf.

CONSTITUCIÓN DE POLONIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Polonia 1997. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/pol).

CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA CHECA. Comparador de Constituciones del Mundo. República Checa 1993. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/cze.

CONSTITUCIÓN DE RUMANIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Rumania 1991. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/rou

CONSTITUCIÓN DE SERBIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Serbia 2006. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/srb.

CONSTITUCIÓN DE UCRANIA. Comparador de Constituciones del Mundo. Ucrania 1996. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ukr

CONSTITUCIÓN DEL PRINCIPADO DE ANDORRA. Comparador de Constituciones del Mundo. Andorra 1993. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/and

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1925). 18 de septiembre de 1925. Disponible en: https://www.bcn.cl/Books/Constitucion_politica_de_Chile_1925/index.html#p=12

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1833). 25 de mayo de 1833. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=137535&idParte=

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE (1823). 29 de diciembre de 1823. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005202&idParte=

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. Disponible en: https://constitution.congress.gov/constitution/article-3/ (inglés) y https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/usa (español)

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (Convenio Europeo sobre Derechos Humanos). Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

LEY DE AMPARO, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf (19 octubre, 2022).

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (España); 14 de junio de 1933. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Documents/Ley%20Organica%20TGC.pdf.

LEY ORGÁNICA 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-7248

LEY ORGÁNICA 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Exposición de motivos, III. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483

LEY ORGÁNICA 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-15955

LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con

LEY 18.971, que establece recurso especial que indica. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30339

LEY 19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente; 09 de marzo de 1994. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667

LEY 19.779. Artículo 1°. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=192511

LEY 20.322. Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=286151

LEY 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Esta norma se encuentra actualmente derogada. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-7250

LEY FUNDAMENTAL DE HUNGRÍA. Comparador de Constituciones del Mundo. Hungría 2011. Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/hun

LEY ORGÁNICA 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1989-8712

LEY ORGÁNICA 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672

LEY ORGÁNICA 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1997/12/04/5

LEY ORGÁNICA 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-11620

LEY ORGÁNICA 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 241.1. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL, INICIADO EN MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, PARA MODIFICAR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín 11617-07. 6 de marzo de 2018. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf

QUINTA LEY QUE MODIFICA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, de 2 de agosto de 1993. Boletín Oficial Federal (BGBl.I), p. 1442. Esta norma entró en vigor el 11 de agosto de 1993. (BGBl.I. S.), p. 1473. Disponible en: https://dejure.org/BGBl/1993/BGBl._I_S._1442

REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 847.1.b., 849.1 y 852. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con

REAL DECRETO-LEY 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-15135

OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS JURÍDICO

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Tomo I. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Tomo VII. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3771/2/Tomo_VII_Comision_Ortuzar.pdf

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. 1985; 8 de mayo de 1985. Disponible en: https://cidh.oas.org/countryrep/chile85sp/Indice.htm

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO DE ESPAÑA. Sesión plenaria Nº 26, celebrada el 29 de septiembre 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_062.PDF, pp. 3088-3089

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE. "Comportamiento de Ingresos y Términos en la Corte Suprema. Periodo 2010-2017", 2018. Disponible en: https://direcciondeestudios.pjud.cl/infografia-de-comportamiento-de-ingresos-y-terminos-2010-2017-en-corte-suprema

EL MERCURIO LEGAL. TC y tentación totalitaria: crítica a la sentencia sobre 'educación no sexista', por Julio Alvear; 19 de abril de 2023. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/Analisis/index.aspx?userNameAutor=jalvear&tipoPortadilla=Autor

EL MERCURIO. Corte Suprema realiza histórico mea culpa donde reconoce omisiones en régimen militar, 6 de septiembre de 2013. Disponible en: https://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/06/618455/suprema-reconoce-que-por-acciones-u-omisiones-el-poder-judicial-fallo-en-dictadura.html

EL MERCURIO. La acción de tutela y el despido injustificado; 10 de julio de 2013. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902229&Path=/0D/C4/.

EL MOSTRADOR. El Tribunal Constitucional desatado (1): Un poder insoportable, por Fernando Atria y Constanza Salgado; 23 de enero de 2018. Disponible en: https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/

OBSERVATORIO JUDICIAL. El recurso de protección como instrumento del activismo judicial; 14 de marzo de 2024. Disponible en: https://observatoriojudicial.org/2024/03/el-recurso-de-proteccion-como-instrumento-del-activismo-judicial-es-el-titulo-de-un-informe-publicado-por-el-observatorio-judicial/

PODER JUDICIAL ESPAÑA. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 09-06-2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-09-06-2016--sobre-unificacion-de-criterios-sobre-el-alcance-de-la-reforma-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-2015--en-el-ambito-del-recurso-de-casacion

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Memorias del Tribunal Constitucional. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx