

PROTECCION Y AMPARO DE LA LIBERTAD ECONOMICA EN CHILE E HISPANOAMERICA

Enrique Navarro Beltrán

Profesor de Derecho Constitucional
U. de Chile y U. Finis Terrae

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

1. *La libertad económica en el ordenamiento constitucional chileno*

1.1. Antecedentes

Como se sabe, la Junta Provisional de Gobierno, en 1811, declaró abiertos al comercio libre los puertos de Valdivia, Talcahuano, Valparaíso y Coquimbo. El fundamento invocado fue que "todos los hombres tienen ciertos derechos imprescriptibles con que los ha dotado el Creador para procurar su dicha, su prosperidad y bienestar"¹. Sin embargo, a pesar de lo anterior, las Cartas previas a la de 1980 poco o nada señalaron en relación a la libertad de comercio y, en particular, al derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Esto último debe entenderse probablemente como consecuencia que este precepto fue siempre entendido como un derecho natural, razón por la cual resultaba innecesaria su expresa consagración.

Así, por ejemplo, en el siglo pasado la Constitución de 1822 solo hacía referencia a la circunstancia que "la industria no conocerá trabas y se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos"². Con posterioridad, la Carta moralista de Egaña de 1823 estatuyó una Dirección de Economía Nacional, encargada de "la inspección y dirección del comercio, industria, agricultura, navegación mercantil, oficios, minas, pesca, caminos, canales, policía de salubridad, ornato y comodidad, bosques y plantíos, la estadística general y particular, la beneficencia pública, y cuanto pertenezca a los progresos industriales, morales y mercantiles"³.

Por su parte, la Norma Fundamental de 1833 reguló la denominada libertad de comercio o industria conjuntamente con la libertad de trabajo. Al efecto, señaló que "ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costum-

bres, a la seguridad a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así"⁴.

Por último, en el siglo XX, la Carta de 1925 garantizaba -en su texto primitivo- "la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social...", reiterando luego la misma norma ya citada contenida en la carta de 1833⁵.

1.2. La Constitución de 1980

La situación descrita cambia sustancialmente con la dictación de la Carta vigente de 1980. En efecto, el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, correspondiente a una de las garantías que conforman el denominado Orden Público Económico⁶, asegura a todas las personas: "El derecho a desarrollar cualquier 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 solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación co-

¹ Artículo 151, en VALENCIA A., Luis, ob. cit., p. 194.

² Artículo 10 N° 14, en VALENCIA A., Luis, ob. cit., p. 217. Esta norma fue modificada en 1971 por la ley 17.398, pero exclusivamente en relación a la libertad de trabajo y su protección y al derecho a sindicarse.

³ Sobre Orden Público Económico vid. BARAONA U., Pablo: "Fuentes de la institucionalidad económica", Vigilia N° 13 (Sept. 1978); CEA E., José Luis: "El orden público en la nueva Constitución", en Seminario de Estudio sobre la Constitución Política del Estado de 1980; él mismo: "Notas sobre el orden público económico", G.J. 135 (1991), pp.18-32; Dougnac R., Fernando: "La garantía constitucional del N° 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el orden público económico", G.J. 68 (1986), pp.6-12; GUERRERO, Roberto: "La Constitución económica", RCHD 6 N° 1-4 (1979), HURTADO C., José T.: "El orden público económico en la Constitución de 1980", Colección de Seminarios. Facultad de Derecho U. de Chile (1981), pp. 101 y ss; IRRÁZVAL C., Arturo: "Principios económicos de la Constitución de 1980", RCHD 14 (1987), pp. 97-115; LÓDERS, Rolf: "Economía y nueva institucionalidad", Vigilia N° 9 (mayo, 1978); MONTT D., Luis: "Orden público económico y economía social de mercado: Elementos para una formulación constitucional", RDE 41 (1978); Reyes R., Jorge: "El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa", RCHD 20 (1993), pp. 69-91; SANDOVAL L., Ricardo: "Acerca del orden público económico", RD 188 (1990), pp. 107-117.

¹ Ley de 21 de febrero de 1811, en ANGUIA, Ricardo, *Leyes Promulgadas en Chile*, Tomo I, p. 3.

² Artículo 222, en VALENCIA A., Luis, *Anales de la República*, p. 104.

³ Artículo 182, en VALENCIA A., Luis, ob. cit., p. 138.

mún aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Por primera vez, entonces, se consagra la libertad para desarrollar cualquier actividad económica⁷.

De este modo, la Constitución garantiza a todos los ciudadanos, como consecuencia del principio fundamental de la libertad e igualdad de los hombres en dignidad y derechos —consagrado en el artículo 1º— el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, enmarcado dentro de ciertos límites esenciales, como son: la moral, el orden público, la seguridad nacional y el respeto a las normas legales que las regulen.

La discusión de la norma constitucional se desarrolló principalmente en las sesiones 384, 388, 389, 393 y 398 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución⁸, enfatizándose el propósito de consagrar una nueva disposición que fuera una proyección de la libertad personal y concreción de la subsidiariedad del Estado⁹.

En efecto, en la sesión 384, el entonces fiscal del Banco Central, señor Roberto Guerrero, hizo presente que el primero de los principios que deben conformar el Orden Público Económico es el de la libertad económica, lo que “se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, la libertad de comercio y la libertad de trabajo o profesional”. Del mismo modo indicó que “aquí cabe tomar en consideración también el denominado libre intercambio comercial, tanto interno como externo, o sea, la facultad de comerciar libremente dentro del país y con el exterior”¹⁰. En la misma sesión, la comisionada señora Alicia Romo destacó la importancia de “consagrar la libre iniciativa en materia económica como una expresión de la libertad individual”¹¹.

Luego, en la sesión 388, el constitucionalista y miembro de la comisión, señor Bertelsen, se manifestó partidario de “considerar un número en el artículo o un artículo dentro del capítulo de las garantías consti-

tucionales que, como proyección de la libertad personal, asegura la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo. Manifiesta que lo anterior es necesario por las circunstancias de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática”¹², concluyendo que la libertad para desarrollar cualquier actividad económica importa el derecho para “crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etcétera”¹³. Complementando lo anterior, la señora Romo hizo hincapié en los peligros de la intervención desde el momento que “el Estado, mediante disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de las actividades económicas”¹⁴.

Por su parte, el señor Guzmán estimó indispensable “consagrar en la carta fundamental el principio de la iniciativa particular en el campo económico, como el medio preferente natural que tiene una comunidad de progresar, desarrollarse”, razón por la cual consideró “válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar, en el capítulo de las garantías constitucionales, un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculada al derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes, con las excepciones que se señalan”¹⁵. Finalmente el señor Carmona, por su lado, también se declaró partidario de “consagrar en el nuevo texto una nueva filosofía económica”; compartiendo “el criterio de consagrar el principio de la libre iniciativa en el campo económico separado de la garantía constitucional del derecho de propiedad y sustentado en los valores mencionados anteriormente, pero establecido en forma tal que consagre el principio de subsidiariedad”; sintetizando que lo que en realidad se garantiza es la “libertad para emprender actividades económicas sea en forma individual o asociada”¹⁶.

La discusión de la norma prosiguió, aprobándose en definitiva su texto en la sesión N° 399.

Precisando el sentido y alcance de la garantía reconocida por el constituyente, el Informe Final redactado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución hace presente que el nuevo ordenamiento jurídico debía contemplar “normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”; concluyendo en la importancia de “incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la pro-

⁷ Sobre la libertad para desarrollar cualquier actividad económica vid. BULNES A., Luz, “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, en RDP 37-38 (1985), pp.149-165; BRUNA C., Guillermo, “La libertad económica, elemento de un nuevo orden político”, P 13 (1987), p.59-76; HUIDOBRO S., Ramón, “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución”, RDP 43-44 (1988), pp. 98-116; ARÓSTICA M., Iván, “De espaldas al estatismo: el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica”, IP 1 (1998), p. 105-121

⁸ Sobre los antecedentes de esta norma vid. GUERRERO DEL RÍO, Roberto y NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas sobre orden público económico establecidas en la Constitución de 1980”, UFT 1 (1997), p. 117-142.

⁹ Sobre el alcance de esta disposición vid. también EVANS D., ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, pp. 317 y ss.; VERDUGO M., Mario, *Derecho Constitucional*, volumen I, p. 291

¹⁰ Sesión N° 384, 14-06-1978. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República; p. 2.816.

¹¹ *Ibid.*, p. 2.821.

¹² Sesión N° 388, 27-06-1978; p. 2.905.

¹³ *Ibid.*, p. 2.912.

¹⁴ *Ibid.*, p. 2.905.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, pp. 2.906, 2.909 y 2.914.

liferación de las empresas del Estado”, para lo cual “se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así”¹⁷.

En el mismo sentido, el Informe del Consejo de Estado expresa que “el proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto (...) lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada. No parece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial”¹⁸. Debe tenerse presente que las limitaciones actualmente contempladas en el artículo 19 N° 21 fueron establecidas precisamente por el Consejo de Estado, modificando en este sentido los términos propuestos por la Comisión de Estudios¹⁹.

La jurisprudencia nacional también ha señalado el sentido de este nuevo derecho establecido por el constituyente. Así el Tribunal Constitucional ha sentenciado que: “Es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”; agregando que “las normas del Capítulo I de nuestra Carta Fundamental constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”; concluyendo que “un examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que la regulen”²⁰.

Del mismo modo, los tribunales han precisado en cuanto al ámbito de este derecho que “la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 21, a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial

énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto”²¹. En otras palabras, se reconoce a todas las personas la libertad de emprender actividades económicas, ya sea “personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita”²².

Finalmente debe tenerse presente que, tal como lo señala la doctrina económica, “por actividad económica se entiende la asignación de recursos escasos a fines opcionales”²³. Así, pues, lo que en definitiva el constituyente garantiza a todas las personas es la libertad para satisfacer necesidades múltiples e ilimitadas mediante la utilización de bienes escasos y limitados.

2. La libertad económica en el Derecho hispanoamericano

Tratándose de las Constituciones hispanoamericanas, la mayoría de ellas reconoce la libertad para emprender actividades económicas.

En este sentido pueden distinguirse dos grandes tipos de regulación constitucional.

2.1 Un primer grupo, al que pertenecen fundamentalmente las Cartas Políticas más antiguas, prefiere vincular este derecho al de la libertad de trabajo.

Así la Constitución de México indica que “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”²⁴. Agrega el texto que “la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”²⁵.

En el caso de Argentina, se reconoce a todos los habitantes de la nación el derecho “de trabajar y ejercer toda industria lícita”, como del mismo modo el de “navegar y comerciar”²⁶. En el mismo sentido la Carta Fundamental de Uruguay reconoce el derecho de toda persona a “dedicarse al trabajo, cultivo industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”²⁷.

Por su parte, el Ordenamiento Constitucional boliviano protege el derecho de toda persona a “trabajar y dedicarse al comercio, la industria y a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen el

¹⁷ Informe Final de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, pp. 28-30.

¹⁸ Informe Final del Consejo de Estado, pp. 38-39.

¹⁹ Vid. nota 8.

²⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 6 de abril de 1993, Rol N° 167, consid. 9° a 11°.

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 25-5-96, GJ 192 (1996), p. 29.

²² Corte de Apelaciones de Santiago, 19-3-1992. En el mismo sentido, vid. EVANS D., Enrique, ob. cit., p. 318.

²³ FONTAINE, Ernesto: *Teoría de Precios*, p. 118. En el mismo sentido, vid. SAMUELSON, Paul: *Economía*, 1993, p. 13.

²⁴ Constitución Política de México, art. 5° inciso 1°.

²⁵ *Ibíd.*, art. 25 inciso final.

²⁶ Constitución Política de Argentina, art. 14.

²⁷ Constitución Política de Uruguay, art. 36.

bien colectivo"²⁸. En armonía con lo anterior, se faculta al Estado para "regular mediante ley el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requieran, con carácter imperioso la seguridad o necesidad pública"²⁹. Por último se indica que "la iniciativa privada recibirá el estímulo y la cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional"³⁰.

Finalmente en este grupo puede también citarse la Constitución de Ecuador que garantiza "la libertad de trabajo, comercio e industria, con sujeción a la ley"³¹.

2.2 En un segundo grupo encontramos aquellas Constituciones –generalmente más recientes– que expresamente reconocen la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, regulándola de manera autónoma.

Así la Constitución de Colombia señala que "la libertad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley"³². Igualmente se faculta al legislador para delimitar "el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación"³³.

En su caso, Paraguay protege expresamente la libertad de concurrencia, de acuerdo a la cual "toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de oportunidades"³⁴.

También otras Constituciones no tan recientes reconocen el derecho, aunque en términos más genéricos. Así la Ley Fundamental venezolana prescribe que "todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social"³⁵, agregando que "el Estado protegerá la iniciativa privada", sin perjuicio de sus facultades de planificación, fomento y regulación³⁶. Por último, la Carta Fundamental de Perú se limita a señalar que "la iniciativa privada es libre"³⁷.

II. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA EN HISPANOAMÉRICA

1. Antecedentes Generales

Un estudio de la protección de la libertad económica en Hispanoamérica permite reconocer las siguientes etapas:

²⁸ Constitución Política de Bolivia, art. 7.

²⁹ *Ibid.*, art. 141.

³⁰ *Ibid.*, art. 144 inciso 2°.

³¹ Constitución Política de Ecuador, art. 19 N° 11.

³² Constitución Política de Colombia, art. 333.

³³ *Ibid.*, inciso final.

³⁴ Constitución Política de Paraguay, art. 107.

³⁵ Constitución Política de Venezuela, art. 96.

³⁶ *Ibid.*, art. 98.

³⁷ Constitución Política de Perú, art. 58.

1.1 Surgimiento y apogeo de la función protectora (siglos XVI a XVIII)

La Real Audiencia estaba investida de tres grandes facultades. En primer lugar, le correspondía conocer y resolver los litigios entre las partes (facultad contenciosa). Adicionalmente debía responder las consultas que le formulare el gobierno (función consultiva). Por último, debía amparar a los vasallos frente a los abusos cometidos por la autoridad (función protectora). Así, como consecuencia de esta última, el máximo tribunal indiano conocía de las apelaciones contra los actos de gobierno, las suplicaciones contra las disposiciones reales y la eventual suspensión de órdenes³⁸.

En este sentido, pueden destacarse como ejemplos de impugnación a actos de gobierno los siguientes: la privación de mercedes, privación de oficios y la imposición de gravámenes³⁹.

Estos recursos jurisdiccionales tienen su apogeo en el siglo XVII. Ahora bien, por Real Cédula de 1778 se modifica su régimen normal, exigiéndose para apelar de una resolución dictada por el Gobernador solicitar la autorización de este último. Dicha práctica, sin embargo, es suprimida por Real Cédula de 1797, apelándose directamente a la Real Audiencia, sin necesidad de solicitar la venia del Gobernador. Finalmente, por Real Cédula de 1806, se establece que, en caso de duda sobre si un asunto es de gobierno o justicia, corresponde al Presidente decidirlo. Así, si es de justicia, puede apelarse directamente. Si en cambio es de gobierno, se puede apelar una vez que se tomó la providencia definitiva, postergándose así el recurso de apelación.

1.2. Declaración de la función protectora

En el transcurso del siglo XIX se observa un declinar de las funciones asignadas a los tribunales de justicia.

Así en Chile la judicatura pierde su función consultiva a partir de 1818, pasando esta, aunque en otros términos, al Consejo de Estado⁴⁰ y luego en el siglo XX, al Senado de la República⁴¹.

En cuanto a la función protectora, esta se mantiene solo respecto de la facultad de reclamación de los tribunales al gobierno y ello hasta la dictación de la ley sobre organización de los tribunales de 1875, fecha a partir de la cual queda limitada únicamente al conocimiento de los recursos de amparo o *habeas corpus*,

³⁸ BRAVO LIRA, Bernardino, "Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo 1492-1992. Del absolutismo al constitucionalismo", RCHHD 16 (1990-91), pp. 315-342. Sobre los derechos de las personas, vid. FIGUEROS QUINTEROS, María A., "Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena", EH 2 (1967), p. 100.

³⁹ BARRIENTOS G., Javier, "La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile" (siglos XVII, XVIII, XIX), RCHD 16 (1990-91), pp. 373-381.

⁴⁰ Constitución Política de 1823, artículos 28-34, en VALENCIA A., Luis, pp. 120-121.

⁴¹ Constitución Política de 1925, artículo 42 N° 7, en VALENCIA A., Luis, p. 223.

que tenían por único propósito proteger la libertad de movimiento reconocida por el constituyente de 1833 y por sus predecesores. Esta materia debía ser resuelta –según lo ordena recién la ley de organización de los tribunales, dictada solo en 1875– por las Cortes de Apelaciones⁴².

Dicho accionar del constitucionalismo debe interpretarse en el contexto de que aquel entiende que los ciudadanos se encuentran suficientemente protegidos –frente a los abusos que pudiera cometer la autoridad– por la Constitución y las leyes y, especialmente, por la facultad fiscalizadora del Parlamento⁴³.

En este sentido, junto con la disminución de la esfera de conocimiento por parte de la judicatura, el constitucionalismo decimonónico no deja de manifestar un cierto desprecio hacia la labor que realizan los tribunales, relegándolos a un tercer plano dentro de la actividad del Estado. Recuérdese que, según Montesquieu, “los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”⁴⁴, concluyendo que “de los tres poderes que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo”⁴⁵. En el mismo sentido, Rousseau resta cualquier importancia a la judicatura: “El legislador es el mecánico que inventa la máquina; el príncipe, el obrero que la monta y la pone en movimiento”⁴⁶.

En síntesis, se restringe la misión de la judicatura, expresión de la escasa importancia que el constitucionalismo le atribuye, reduciéndola únicamente a amparar los derechos de los gobernados frente a los atentados que estos se infieren entre sí. Se entrega la función consultiva a un órgano dependiente del Presidente (Consejo de Estado), pero solo respecto de su nombramiento, pues nadie puso en duda la efectiva independencia con que actuó al confeccionar las diversas ternas para proveer los cargos judiciales y demás funciones que le entregaba la Constitución, siendo notable la circunstancia –aún no estudiada– de que por lo menos hasta 1874 solía ser una práctica generalmente aceptada respetar la primera preferencia de la terna, demostrativo de la verdadera “autoridad” del Consejo. Por último, respecto de la función protectora de los derechos de los gobernados se le supuso suficientemente cautelada por la norma constitucional y por la ley ordinaria, expresión de la superioridad del Parlamento a partir de la segunda mitad del siglo XIX, quedando restringida solo al conocimiento y resoluciones de los recursos de amparo o *habeas corpus*⁴⁷.

⁴² Vid. BRAVO LIRA, Bernardino, “Judicatura e Institucionalidad en Chile (1776-1876). Del Absolutismo Ilustrado al Liberalismo Parlamentario”, EHI 1 (1976), pp. 61-87.

⁴³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, RDP 49 (1991), pp. 71-90.

⁴⁴ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Santiago, 1988; p. 60

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 57.

⁴⁶ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Santiago, 1988, p. 49

⁴⁷ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “La Judicatura chilena: del Absolutismo Ilustrado al Estado Constitucional”, Memoria para optar al grado de Licenciado, U. de Chile (1988), p. 77. Inédita.

1.3. Resurgimiento de la facultad protectora

En el presente siglo XX se aprecia un evidente renacer de la función protectora de los tribunales de justicia. En el caso de Chile ello se manifiesta a partir de 1976 con el establecimiento del denominado “recurso de protección”, según se analizará.

Debe destacarse en este sentido que la totalidad de las declaraciones universales de derechos insisten en la necesidad de comprender estas acciones tutelares. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) señala que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”⁴⁸. Por su parte, la Declaración Americana de Derechos del Hombre (1948) expresa que toda persona “debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”⁴⁹.

Ahora bien, tal como se analizará, la mayoría de las Constituciones hispanoamericanas –especialmente a partir de la mexicana de 1917– consagran la institución del amparo, entendida como una acción otorgada “para proteger a las personas contra las disposiciones, actos o resoluciones y, en general, contra toda acción u omisión de cualquier autoridad o agente ... que violen o amenacen violar los derechos consagrados en el estatuto fundamental de la República”⁵⁰.

2. Protección y amparo en Chile de la libertad económica

2.1. Recursos de protección

El artículo 20 de la Constitución Política señala que “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 ...21º... 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...”

Esta acción viene a transformarse en un verdadero amparo, ya no de la libertad personal, sino de las libertades individuales⁵¹. Sus requisitos de admisibili-

⁴⁸ Artículo 8, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

⁴⁹ Artículo XVIII, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (1948).

⁵⁰ ESCOBAR FORNOS, Iván, *El Amparo*, Colombia, 1990, p. 41.

⁵¹ Sobre los antecedentes y características del denominado “recurso de protección”, vid. SOTO KLOSS, Eduardo, *El Recurso de Protección*, Santiago, 1982.

dad son: la existencia de una acción u omisión; que aquella sea ilegal o arbitraria y la consecuente privación, perturbación o amenaza de ciertos derechos individuales especialmente amparados por el constituyente, como es el caso preciso de la libertad económica.

En cuanto a la tramitación de esta acción, esta se encuentra regulada expresamente en un Auto Acordado dictado al efecto por la Corte Suprema⁵².

En relación a los fallos recaídos en recursos presentados en la última década y que han sido acogidos, amparando especialmente la libertad económica, puede afirmarse que la gran mayoría ha impugnado actos u omisiones de la autoridad administrativa.

Así, en una simple recopilación de los publicados en la última década, podemos destacar los siguientes, atendiendo al efecto especialmente la naturaleza del sujeto a quien se le imputa la acción u omisión (legítimo pasivo):

A. PRIVADOS

A.1. *Personas Naturales*

- a) Interrupción arbitraria de suministro de energía efectuada por propietario⁵³.
- b) Obras de exploración de agua subterránea pueden continuar, debiendo realizarse con permiso de autoridad⁵⁴.
- c) Demolición de inmueble en el que subarrendatario ejerce actividad comercial⁵⁵.

A.2. *Personas Jurídicas*

- a) Expulsión ilegal y arbitraria de asociaciones gremiales: taxistas⁵⁶ o autobuseros⁵⁷.
- b) Suspensión de actividad y multa a preparador impuesta por Consejo Superior de la Hípica Nacional⁵⁸.
- c) Rebaja unilateral de horario para atender en consulta⁵⁹.
- d) Retiro unilateral de cables telefónicos efectuados por concesionario eléctrico⁶⁰.

⁵² Auto Acordado de 27-6-1992, modificado en 1998. Sobre esto último vid. opiniones de los Profesores Eduardo Soto Kloss y Alvaro Ortúzar Santa María en UFT 2 (1998), p. 59-68.

⁵³ FM 413 (1993), p. 164.

⁵⁴ FM 378 (1990), p. 150.

⁵⁵ FM 449 (1996), p. 683.

⁵⁶ GJ 148 (1992), p. 64; GJ 206 (1997), p. 35 y RDJ 92 (1995) 5, p. 210.

⁵⁷ GJ 182 (1995), p. 38.

⁵⁸ RDJ 92 (1995), 5, p. 85.

⁵⁹ FM 404 (1992), p. 400.

⁶⁰ RDJ 88 (1991), 5, p. 297.

B. ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN

B.1. *Organos desconcentrados o descentralizados*

- a) Dirección de Vialidad
 - Negativa de otorgar extensión de red aérea⁶¹.
 - Negativa para pronunciarse sobre publicidad caminera⁶².
- b) S.I.I.
 - Clausura ilegal de establecimiento comercial⁶³.
 - Resolución que obligaba retroactivamente a informar intereses bancarios⁶⁴.
 - Incautación de libros y material computacional⁶⁵.
 - Bloqueo abusivo de timbraje de documentos⁶⁶.
- c) Gobernación
 - Clausura ilegal de establecimiento comercial⁶⁷.
- d) Ministerio de Transporte
 - Caducidad de concesiones de plantas de revisión técnica⁶⁸.
 - Cierre ilegal de planta de revisión técnica⁶⁹.
 - Caducidad de concesión de servicios telefónicos⁷⁰.
- e) Dirección del Trabajo
 - Resolución ilegal que interfiere derecho de la empresa de fijar horarios de descanso y colación⁷¹.
 - Instrucción ilegal de obligar a escriturar contrato de trabajo⁷².
- f) Dirección Nacional de Pesca
 - Negativa de otorgar certificado de acceso a cupo⁷³.
- g) Servicio Agrícola y Ganadero
 - Omisión de exigir certificación dispuesta por la ley, respecto de clasificación y tipificación de carne importada⁷⁴.

⁶¹ GJ 204 (1997), p. 81.

⁶² RDJ 89 (1992), 5, p. 312.

⁶³ RDJ 93 (1996), p. 222.

⁶⁴ GJ 196 (1996), p. 88.

⁶⁵ RDJ 91 (1994), 5, p. 220.

⁶⁶ FM 418 (1993), p. 677.

⁶⁷ GJ 195 (1996), p. 104.

⁶⁸ FM 427 (1994), p. 341.

⁶⁹ RDJ 89 (1992), 5, p. 115.

⁷⁰ RDJ 88 (1991), 5, p. 47.

⁷¹ RDJ 88 (1991), 5, pp. 47 y 201. FM 427 (1994), p. 410.

⁷² RDJ 88 (1991), 5, p. 302.

⁷³ RDJ 90 (1993), 5, p. 47.

⁷⁴ RDJ 94 (1997), 5, p. 37.

h) Secretario Regional Ministerial de Vivienda

- Negativa injustificada de informar favorablemente proyecto ganador de concesión de terrenos⁷⁵.

B.2. *Municipalidades*

- a) Negativa injustificada de otorgar patente⁷⁶.
- b) Negativa a renovar patente⁷⁷.
- c) Cierre ilegal de locales comerciales: terminal de buses⁷⁸, criadero de cerdos⁷⁹, discoteca⁸⁰ o restaurante⁸¹.
- d) Omisión de autorizar carros especiales para no videntes⁸².
- e) Rechazo ilegal de proyecto de loteo⁸³.
- f) Exigencia ilegal de informe de riesgo para loteo⁸⁴.
- g) Decreto que ilegalmente caduca patente⁸⁵.
- h) Falta de equidad de resolución que pone término intempestivamente a permiso⁸⁶.
- i) Cobro ilegal de derechos por ocupación de bienes⁸⁷.
- j) Negativa de tala de árbol ubicado frente a inmueble⁸⁸.
- k) Falta de racionalización de señalización del tránsito ubicada frente a establecimiento⁸⁹.
- l) Caducidad de permiso de edificación⁹⁰.
- m) Bloqueo ilegal de permiso de circulación⁹¹.
- n) Anulación de patente provisoria⁹².
- o) Eliminación injustificada de oferente en licitación pública⁹³.
- p) Omisión de entrega de terrenos a contratista que se adjudicó licitación⁹⁴.

B.3. *Empresas del Estado*

Negativa del Banco del Estado de permitir giro en cuenta de ahorro⁹⁵.

C. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- Negativa de toma de razón de decreto de adjudicación de licitación⁹⁶.
- Negativa de toma de razón de decreto de concesión⁹⁷.

2.2. *Recurso de amparo económico*⁹⁸

1. Fuente jurídica

El artículo único de la Ley N° 18.971 (publicado en el Diario Oficial el 10 de Marzo de 1990) concede acción popular para denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. Al efecto señala:

“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.

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 el 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”.

2. Ambito de tutela

El ámbito de aplicación de este recurso son los dos incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, esto es, tanto la libertad económica como lo relativo a los límites a la actuación empresarial del Estado. Así lo ha dicho la jurisprudencia, especialmente desde 1995:

“Se trata de una acción jurisdiccional de carácter conservador, especial y popular, en la que el actor no necesita tener interés actual en el recurso, creada con

⁹⁶ RDJ 93 (1996), 5, p. 187.

⁹⁷ FM 413 (1993), p. 146 y GJ 193 (1996), p. 70.

⁹⁸ Sobre el tema vid. VARAS A., Paulino, “Amparo Económico”. RDP 49 (1991), p. 45 - 70; SOTO KLOSS, Eduardo: “Amparo Económico y rol subsidiario del Estado”, TD 7 (1993), pp. 105 y ss.; ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Constitución y Amparo Económico” GJ 145 (1992), p. 10; ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Acción de amparo económico. Acerca del recurrente y el recurrido”, GJ 182 (1995), pp. 7-14.

⁷⁵ RDJ 94 (1997), 5, p. 49.

⁷⁶ GJ 166 (1993), p. 40; GJ 206 (1997), p. 31 y FM 451 (1996), p. 1137.

⁷⁷ RDJ 92 (1995), 5, p. 219; FM 446 (1995), p. 201.

⁷⁸ GJ 127 (1991), p. 31.

⁷⁹ RDJ 91 (1994), 5, p. 11.

⁸⁰ GJ 174 (1994), p. 53.

⁸¹ GJ 189 (1996), p. 25 y GJ 182 (1995), p. 33.

⁸² RDJ 92 (1995), 5, p. 114.

⁸³ GJ 183 (1995), p. 206.

⁸⁴ RDJ 91 (1994), 5, p. 147.

⁸⁵ GJ 182 (1995), p. 90.

⁸⁶ GJ 187 (1996), p. 67.

⁸⁷ RDJ 91 (1994), 5, p. 58.

⁸⁸ RDJ 91 (1994), 5, p. 30.

⁸⁹ GJ 173 (1994), p. 76.

⁹⁰ GJ 155 (1993), p. 43.

⁹¹ FM 419 (1993), p. 807.

⁹² RDJ 89 (1992), 5, p. 175.

⁹³ RDJ 88 (1991), 5, p. 164.

⁹⁴ RDJ 87 (1990), 5, p. 58.

⁹⁵ RDJ 93 (1996), 5, p. 96.

el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica que se consagra en el artículo 19 de la Constitución Política en ambos incisos de su número 21 (...) Del tenor literal claramente manifestado en el texto de la ley N° 18.971 aparece que el recurso ampara la garantía constitucional, estableciendo acción popular para denunciar todas las infracciones a dicha norma constitucional completa, ya que no hace distinciones entre sus dos incisos"⁹⁹.

3. Forma en que puede efectuarse la infracción

En cuanto a la forma de infringir la garantía, se ha sentenciado que estas "pueden consistir en privaciones del derecho, perturbaciones o amenazas o cualquier otra forma de vulneración de cualquier elemento constitutivo del precepto del N° 21 citado"¹⁰⁰.

4. Compatibilidad con la acción de protección

Por otra parte, debe señalarse que la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha señalado la absoluta compatibilidad entre la protección y el amparo económico.

Así se ha expresado:

"...Que no obstante que la garantía constitucional en comento se encuentra amparada por el recurso de protección, nada obsta a que también se halle resguardada por el recurso de amparo económico, puesto que ambas acciones son perfectamente compatibles y pueden interponerse conjunta o simultáneamente. Ambos cautelan la libertad económica; pero ellas pueden tener actores diferentes, ya que la contemplada en la Ley N° 18.971 es una acción popular y en la Protección, en cambio, solo actúa el que sufre privación, perturbación o amenaza por actos u omisiones ilegales o arbitrarias, lo que no exige la ley ya mencionada. Y finalmente no puede olvidarse que el amparo económico se dirige en contra de la infracción a la garantía constitucional ya mencionada; en cambio, el recurso de protección se interpone en contra de actos u omisiones ilegales o arbitrarios a causa de los cuales el actor sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, de lo cual se desprende que esta última acción constitucional es mucho más estricta.

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 1995, confirmada por la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema, G.J. 177 (1995); pp. 20 y ss. Dicho criterio ha sido reiterado por nuestros tribunales superiores de justicia en diversos fallos dictados con posterioridad a dicha sentencia, existiendo uniformidad en esta materia en la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema (entre otros, Rol C.S. N° 33.502, G. J. 187, p. 49; Rol C. de A. de Santiago N° 1.929-95, G. J. 186, pp. 54 y ss.; Rol C. de A. de Santiago N° 4.013-95, G.J. 192, pp. 24 y ss.; Rol C.S. N° 3.421-97 y Rol C. de A. de San Miguel N° 186-97, G. J. 210, pp. 32 y ss.)

¹⁰⁰ Corte Suprema, Rol 2837-98, 3-9-98.

"Que la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Constitución Política de la República establece que el ejercicio de la acción de protección es sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, lo que abunda las consideraciones anteriores y hace que ambas acciones sean perfectamente compatibles..."¹⁰¹.

5. Sentencias que han acogido el recurso: (Doctrina)¹⁰².

No deja de ser sintomático que la totalidad de las denuncias acogidas se hayan dirigido contra acciones u omisiones efectuadas por autoridades administrativas, centralizadas o descentralizadas.

Deben destacarse los siguientes fallos:

a) Asociación Gremial de Impresores de Chile contra Ejército de Chile:

"El Instituto Geográfico Militar debe abstenerse de realizar trabajos de impresión" gráfica a terceros, que no pertenezcan al área propia de su especialidad, determinada "en su ley orgánica"¹⁰³.

b) Comercial Agropecuaria Menichetti contra Banco del Estado:

"La conducta del Banco del Estado de Chile al retener indebidamente dineros de un mandante para seguridad jurídica de una operación crediticia en que tiene interés, debe ser calificada de arbitraria y atentatoria al derecho garantizado por el N° 21 del art. 19 de la Constitución"¹⁰⁴.

c) Emeres contra Municipalidad de Til-Til:

"La I. Municipalidad de Til-Til, al prohibir en términos generales la instalación en su comuna de plantas de tratamiento de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios y demás actividades que indica el decreto N° 60/95, de 6 de junio de este año, sin consultar previamente a los demás organismos que por la ley tienen injerencia en la materia, ha infringido el artículo 19 N° 21 inciso 1° de nuestra Carta Fundamental, por cuanto la citada actividad no es contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, lo que no significa que un proyecto específico sobre la materia a desarrollarse en un determinado lugar pueda ser rechazado por contravenir la normativa constitucional, legal y reglamentaria a la que debe someterse de acuerdo a la naturaleza de la actividad proyectada"¹⁰⁵.

¹⁰¹ Corte Suprema, 3-09-98, Rol 2837-98.

¹⁰² Sobre la jurisprudencia entre 1990 y 1995 vid. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "El recurso de amparo económico", GJ 200 (1997), pp. 47-55.

¹⁰³ Rol 2396-91, C. de Apelaciones de Santiago, 5-12-1991, GJ 138 (1991), p. 59.

¹⁰⁴ Rol N° 3899-94, C. de Apelaciones de Santiago, 26-1-1995, GJ 177 (1995), p. 20.

¹⁰⁵ Rol 1929-95, C. de Apelaciones de Santiago, 24-11-95, GJ 187 (1995), p. 54.

d) Endesa contra Dirección General de Aguas:

"Es contrario a la libre empresa acción de la autoridad en orden a no resolver solicitudes de aprovechamiento de aguas de Endesa"¹⁰⁶.

e) Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vino contra Ministerio de Agricultura:

"Es contrario a la libertad para desarrollar una actividad económica la exigencia de que los vinos de uva de mesa lleven rotulado una leyenda denigratoria como es la de vino de sobrante de uva de mesa"¹⁰⁷.

f) Elia M. Quintana O. contra Municipalidad de San José de Maipo:

"La autoridad municipal carece de facultades legales y de fundamentos razonables en su negativa para otorgar al peticionario patente para explotar pozos areneros"¹⁰⁸.

g) C.B. S.A. contra Ministerio de Economía:

"Es contraria a la libertad empresarial la resolución de la Subsecretaría de Economía que declara caducidad de derechos de pesca"¹⁰⁹.

h) EMERES contra Municipalidad de San Bernardo:

"Infringe el art. 19 N° 21 el Decreto Municipal que dispuso la clausura de las actividades que la empresa recurrente desarrolla en un vertedero"¹¹⁰.

i) Asociación Gremial de Impresores de Chile contra Empresa de Correos:

"La Empresa de Correos debe abstenerse de realizar el procesamiento de datos entregados por particulares e igualmente su impresión y mecanización, pues ello escapa del objeto específico previsto en su ley orgánica"¹¹¹.

3. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA EN EL DERECHO HISPANOAMERICANO

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos existen mecanismos que cautelan adecuadamente las libertades y derechos constitucionales. En general, quedan garantizados mediante el denominado "recurso de amparo". A vía ejemplar pueden citarse los siguientes países:

3.1. México

En el derecho hispanoamericano, México fue evidentemente precursor de estos mecanismos jurisdiccionales mediante el "amparo", que recoge toda la tradición indiana ya señalada¹¹².

La Constitución de México señala que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: "I. Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y III. Por leyes o actos de autoridad de estos que invadan la esfera de la autoridad federal"¹¹³.

El amparo se dirige a impugnar actos de autoridad y del propio legislador, señalándose su procedimiento en la propia Carta Fundamental¹¹⁴ y ha sido definido por ciertos autores como "un medio de constitucionalidad, ejercitado por órganos jurisdiccionales, en vía de acción, que tiende a proteger al quejoso o agraviado en particular en los casos a que se refiere el artículo 103 constitucional"¹¹⁵.

3.2. Argentina

En el caso argentino, el amparo surge primero por la vía jurisprudencial en un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en 1957. Posteriormente, en 1966, se dicta la Ley 16.986, que regula la acción de amparo contra actos de autoridad pública. En 1968, el Código Procesal Civil y Comercial incorporó el amparo contra actos de particulares, regulándolo como proceso sumarísimo.

El amparo ha sido definido por cierta doctrina argentina como "una acción judicial excepcional, sumaria y eficaz, cuando previamente se ha agotado toda otra posibilidad de reparación por vía administrativa y no existen procedimientos legales paralelos o concurrentes, suficientemente efectivos como para ventilar el agravio o la amenaza a un derecho constitucional, que se pretende proteger"¹¹⁶.

Ahora bien, el artículo 43 recientemente modificado contempla expresamente el amparo, indicando que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley"¹¹⁷. En este sentido, la doctrina ha seña-

¹⁰⁶ Rol 2546-95, C. de Apelaciones de Santiago, 18-03-96, FM 451 (1996), p. 1189.

¹⁰⁷ Rol 4013-95, C. de Apelaciones de Santiago, 25-5-96, GJ 192 (1996) p. 24.

¹⁰⁸ Rol RA 126-97, C. de Apelaciones S. Miguel, 9-9-97, GJ 207 (1997), p. 63.

¹⁰⁹ Rol 3421-97, C. Suprema, 5-11-97.

¹¹⁰ Rol RAE 186-97, C. de Apelaciones de S. Miguel, 17-12-97, GJ 210 (1997), p. 32.

¹¹¹ Rol 3817-98, C. de Apelaciones de Santiago, 20-11-98.

¹¹² LIRA GONZÁLEZ, Andrés, "El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano", México, 1972.

¹¹³ Artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹⁴ Artículo 107. Sobre su tramitación, vid. BURGOA, Ignacio, "El juicio de amparo", México, 1966. También MORENO, Daniel, "Derecho Constitucional Mexicano", México, 1976, pp. 503-518.

¹¹⁵ BURGOA, Ignacio, "El juicio de amparo", ob. cit.

¹¹⁶ ZARINI, Helio Juan, "Análisis de la Constitución Nacional Argentina", 1991, p. 126.

¹¹⁷ Artículo 43 inciso 1° de la Constitución Política de Argentina.

lado como sus características fundamentales las siguientes: a) la acción debe ser expedita y rápida; b) no debe existir otro medio judicial más idóneo; c) procede frente a actos u omisiones de cualquier autoridad pública y de particulares; d) debe tratarse de una violación actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; e) las modalidades de la afectación al derecho pueden ser: lesión, restricción, alteración o amenaza, y f) finalmente, ampara derechos reconocidos no solo por la Constitución, sino por un tratado o por una ley¹¹⁸.

También el constituyente consagra el amparo de los derechos de incidencia colectiva, autorizando al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a dichos fines, a interponer esta acción "contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general"¹¹⁹. Finalmente se establece al *habeas data* o derecho de toda persona a interponer la acción de amparo "para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos públicos o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos"¹²⁰.

3.3. Colombia

Por su parte, el ordenamiento constitucional colombiano otorga la acción de tutela a toda persona "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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"¹²¹.

La doctrina ha señalado como sus características fundamentales: a) el sujeto activo es cualquier persona, por sí o alguien a su nombre; b) la acción se interpone contra los actos u omisiones de cualquier autoridad pública y de los particulares, en el caso que estos últimos presten servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión; c) tiene una naturaleza subsidiaria, en cuanto no exista otro medio de defensa. Excepcionalmente puede emplearse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable¹²².

Finalmente cabe señalar que el ordenamiento constitucional consagra acción popular "para la pro-

tección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza"¹²³.

3.4. Brasil

En Brasil –aunque del mundo de habla portuguesa– existe la institución conocida bajo el nombre de MANDADO DE SEGURANÇA, cuyos orígenes se remontan a la Constitución de 1891, siendo expresamente reconocida en la carta de 1934¹²⁴. Se concede "para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público"¹²⁵. El mandato de *segurança* colectivo puede ser impetrado por un partido político con representación en el Congreso o por una organización sindical o asociación, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados¹²⁶.

3.5. España

El Tribunal Constitucional español es competente para conocer, entre otras materias, "del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y forma que la ley establezca"¹²⁷. Por su parte, el artículo 53.2 indica que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo II 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".

En cuanto a sus características fundamentales se han enunciado: a) su finalidad es proteger al ciudadano de los actos que impliquen una lesión o violación de sus derechos y libertades fundamentales; b) procede contra los actos del poder y se ha discutido su procedencia contra actos de particulares, y c) están autorizados para interponer este recurso toda persona natural o jurídica que invoque interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal¹²⁸.

Por último, debe destacarse la circunstancia que en otros países europeos también existen mecanismos de amparo, aunque no siempre consagrados a nivel cons-

¹¹⁸ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina Comentada, Argentina", 1997, pp. 221-232.

¹¹⁹ Artículo 43 inciso 2° de la Constitución Política de Argentina.

¹²⁰ Artículo 43 inciso 3° de la Constitución Política de Argentina.

¹²¹ Constitución de Colombia de 1991, artículo 86 inciso 1°.

¹²² CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela, "Teoría Constitucional", Colombia, 1995, pp. 195-200.

¹²³ Artículo 88 inciso 1° de la Constitución Política de Colombia.

¹²⁴ Sobre esta institución jurídica, AGRÍCOLA BARBI, Celso "Do mandado de segurança", 1998.

¹²⁵ Artículo 5 LXIX de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

¹²⁶ *Ibid.* art 5 LXXX.

¹²⁷ Artículo 161 b) Constitución Española de 1978. La ley orgánica del Tribunal fue publicada en el Diario Oficial de 5 de octubre de 1979.

¹²⁸ ALVAREZ CONDE, Enrique, "Curso de Derecho Constitucional", España, 1993, pp. 319-331.

titucional. En el caso de Alemania existe el denominado "Versfassungsbeschwerden", facultándose al Tribunal Constitucional para conocer de los recursos interpuestos por cualquier persona "mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en algunos de sus derechos fundamentales"¹²⁹. Finalmente, en otros países existen ciertas acciones civiles, de carácter cautelar, reguladas especialmente en los Códigos de Procedimiento Civil¹³⁰: en Francia "el Refere"¹³¹ y en Italia "Dei provvedimenti d'urgenza"¹³².

ABREVIATURAS

CEP : Revista del Centro de Estudios Públicos.
DE : Revista de Derecho Económico (U. de Chile).

EH : Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales.
EHJ : Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (U. Católica de Valparaíso)
FM : Revista Fallos del Mes.
GJ : Gaceta Jurídica.
IP : Ius Publicum (U. Santo Tomás).
JDP : Jornadas de Derecho Público.
P : Política (U. de Chile).
RCHD: Revista Chilena de Derecho (U. Católica).
RD : Revista de Derecho (U. Concepción).
RDJ : Revista de Derecho y Jurisprudencia.
RDP : Revista de Derecho Público (U. de Chile).
RDV : Revista de Derecho (U. Católica de Valparaíso).
TD : Temas de Derecho (U. Gabriela Mistral).
UFT : Revista de Derecho de la U. Finis Terrae.

¹²⁹ Artículo 93 4a) de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949. Sobre el tema vid. HESSE, Conrado, "Significado de los derechos fundamentales", en "Manual de Derecho Constitucional", 1996, pp. 112 y ss. En el mismo libro, Simon, HELMUT, "La jurisdicción constitucional", pp. 834 y ss.

¹³⁰ PAILLÁS PEÑA, Enrique, "El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado", pp. 13 y ss.

¹³¹ Artículos 806 y 808 del Código de Procedimiento Civil de Francia. Vid. nota 130.

¹³² Artículo 700 y 702 del Código de Procedimiento Civil de Italia. Vid. nota 130.