

ESQUEMA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: SU TENDENCIA HACIA UN MODELO MIXTO Y SITUACIÓN ACTUAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Alejandro Vergara Blanco

Sumario: I. Introducción: la justicia administrativa en general. II. Evolución de la justicia administrativa y tendencia actual hacia un modelo mixto. III. La situación general del contencioso administrativo chileno. IV. El caso del recurso de protección. V. Jurisprudencia citada.

I. INTRODUCCIÓN: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN GENERAL

A. La Administración en su actividad puede incurrir en violaciones al derecho objetivo, que lesionen los derechos subjetivos de los administrados. ¿Cómo proteger al administrado cuando la actividad ilegal de la Administración quebranta sus derechos subjetivos? El problema aquí puede resumirse así: ¿en qué situación se encuentran los particulares cuyos derechos se han visto afectados por un acto ilegal de la Administración? Esta situación tiene que ver con el amparo o tutela judicial que el orden jurídico prevé para restablecer las posiciones jurídicas del administrado (subjetivas y objetivas) y hacer realmente efectivos los derechos públicos subjetivos de éstos.

Las vías jurisdiccionales, por la imparcialidad e independencia que implican, son las vías idóneas para garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso. Y si ésta jurisdicción es especial, como en el caso del contencioso administrativo conocido por tribunales especiales, se logra una mayor efectividad de la tutela judicial, pues el tribunal será especialista de la materia objeto de litigio, garantizando que la argumentación y fundamentación de la sentencia sea la más coherente con el sistema del Derecho Administrativo.

El contencioso administrativo, también conocido como *Justicia Administrativa*, es un conjunto de acciones y subsecuentes procesos a disposición de los administrados para someter ante un juez los litigios que los enfrentan con la Administración. Este supone una contienda, controversia o litigio en que la Administración es parte. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Administración puede ser también parte en juicios de orden civil y penal, es decir, en contiendas no-administrativas. Luego, ¿cómo determinar cuándo efectivamente estamos frente a un asunto de naturaleza contencioso-administrativa?

B. Al respecto, cabe establecer la línea de separación entre las contiendas judiciales en que es parte la Administración y lo contencioso administrativo propiamente tal. El criterio que ha imperado es de la ley decisoria de la *litis*. Se traduce en que si la ley que resuelve el conflicto es una ley de Derecho Privado, la contienda no es administrativa. Al contrario, si el litigio se resuelve por una ley administrativa, se tratará de un asunto contencioso administrativo. ¿Qué litigios se resuelven por una ley administrativa? Toda contienda relativa a la organización y

funcionamiento de los servicios públicos es un asunto contencioso administrativo¹; más precisamente, todo caso en que la Administración actúe ejerciendo una potestad.

Así, cabe considerar como materias contencioso administrativas en general toda acción cuyo objeto preciso y determinado es impugnar un acto administrativo de la Administración.

C. La Justicia Administrativa implica la serie de acciones contenciosas administrativas en sede judicial, no así las vías de reclamar administrativamente o a través de los recursos administrativos, tales como los recogidos en la Ley N° 19.880.

Desde la perspectiva de los administrados, estas acciones garantizan sus libertades, sus derechos, incluso sus simples intereses contra los abusos de la Administración. Ellos pueden obtener, a la vez, la anulación de los actos ilegales (a través del llamado «contencioso de anulación») y la reparación de los daños de que ellos son víctimas («contencioso de indemnización» o «de plena jurisdicción»).

Desde la perspectiva de la Administración, estas acciones permiten al juez ejercer un control sobre la Administración, esto es, obligar a respetar la regla de Derecho (contencioso de anulación) y obligar a reparar el perjuicio causado (contencioso de indemnización).

Por estas razones, parece acertado señalar que hay un consenso bastante amplio en el sentido de que el contencioso administrativo es una pieza esencial del orden democrático y del Estado de Derecho, en la medida en que resguarda adecuadamente el principio de legalidad y, en consecuencia, el principio democrático.

D. Características del contencioso administrativo

Este contencioso se caracteriza por tres rasgos o características principales:

1. Los recursos son entablados ante un juez, o una autoridad que, por definición, debe ser imparcial, independiente del Gobierno y de la Administración.
2. El juez falla, sentencia o dictamina en Derecho, no en equidad, y se limita a controlar el respeto de la regla de Derecho.
3. El control se ejerce *a posteriori* sobre las decisiones tomadas por la autoridad administrativa.

¿Qué jurisdicción debe conocer de las materias contencioso-administrativas? De *lege ferenda*², es posible identificar tres corrientes respecto de la jurisdicción competente en materias contencioso-administrativas:

1. Corriente judicialista

¹ Esta es la doctrina que ha primado en Francia y que tiende a predominar en la legislación moderna. En Francia esto se resolvió en el siglo XIX. Se planteó el caso de un particular (caso *Blanco*) que demandó perjuicios contra la Administración, con motivo de un accidente que sufriera su hijo causado por un vehículo fiscal. El Consejo de Estado francés se declaró competente para conocer de esta demanda, argumentando dos razones fundamentales en su sentencia: 1° En este pleito se va a juzgar el funcionamiento de un servicio público, y en esa medida esta materia queda regida por el Derecho Administrativo y no por el derecho común. Por tanto esta demanda constituye un asunto administrativo (...). 2° La indemnización de daños que se demanda en este caso tampoco queda regida por el derecho común, sino por el derecho público.

² Latinismo utilizado para referirse a “*la legislación a futuro*” o “*la ley como debería ser*”; esto es la legislación que cada cual quisiera.

Postula que los tribunales administrativos deben integrarse en el Poder Judicial, sea porque se considera que la función contencioso-administrativa es actividad judicial o porque se reconoce que los tribunales administrativos son especiales de frente a los ordinarios.

2. Corriente administrativa

Según ella los tribunales administrativos deben adscribirse, no al Poder Judicial, sino al Poder Ejecutivo, a la Administración. Partidario de esta concepción es Silva Cimma, para quien lo contencioso administrativo es “*aquella parte de la función administrativa en oposición a la propiamente de ejecución que consiste en resolver las contiendas producidas entre ella y los administrados, como consecuencia de los actos de aquélla*”³.

3. Corriente autonómica

En esta postura, los tribunales administrativos no deben incorporarse al Poder Judicial ni al Poder Ejecutivo, debiendo mantenerse independientes tanto del uno como del otro.

Ahora, de *lege data*⁴, ¿qué es lo contencioso-administrativo? Es el control jurisdiccional de la Administración o la «Justicia Administrativa». *Infra* detallamos la historia y la actual situación del contencioso administrativo, tanto en el ordenamiento jurídico como en la práctica jurídica chilena.

E. El contencioso administrativo a nivel comparado

Existen, básicamente, tres sistemas de justicia administrativa a nivel comparado:

1. El sistema francés

Este sistema consiste en someter, a la vez, el contencioso de la legalidad y el contencioso de la indemnización a un solo juez especializado, el juez administrativo, independiente del juez judicial de derecho común. Tiene la ventaja de la independencia de la jurisdicción, y su carácter especializado. Tiene el inconveniente de los numerosos conflictos de competencia entre los dos órdenes jurisdiccionales.

2. Los sistemas mixtos (Alemania, Italia, Países Bajos)

Estos sistemas consisten en someter el contencioso de la legalidad al juez administrativo; mientras que los recursos de pleno contencioso en materia contractual y en materia cuasidelictual los conoce el juez judicial. La ventaja es que la repartición de competencias entre los dos órdenes es más lógica: cuando la Administración actúa ejerciendo prerrogativas de potestad pública, es controlada por el juez administrativo; y cuando actúa como un particular (servicios públicos o causa daños) es tratada como una particular y se debe recurrir al juez de derecho común. El inconveniente es que la repartición de competencias conlleva dificultades.

³ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Universitaria S.A., Santiago 1959, p. 384.

⁴ Latinismo utilizado para referirse a “*la legislación tal cual es*”.

3. El sistema anglosajón y español (Gran Bretaña, Estados Unidos y España)

Consiste en confiar al juez judicial la integridad del contencioso administrativo. Pareciera ser el mejor sistema por su simplicidad, pero tiene ventajas e inconvenientes. Es ventajoso que los justiciables recurran al juez habitual. Pero es un inconveniente que usualmente los jueces judiciales manifiestan una cierta reserva para censurar a la Administración, a la que por lo demás suelen conocer poco. Pero en esto hay muchas variaciones, y existe una cierta tendencia a crear múltiples instancias especializadas de litigios administrativos.

II. EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y TENDENCIA ACTUAL HACIA UN MODELO MIXTO

A. Historia de la ausencia de un contencioso especializado de general aplicación

Aun a riesgo de difundir algo ya muy conocido, para los efectos de este trabajo es necesario señalar los hitos fundamentales de la ausencia de contencioso-administrativo especializado en Chile.

1. En la Constitución de 1833 en un principio se reconoció competencia en materias de esta naturaleza al Consejo de Estado, creyendo algunos autores de la época que con esto se tendía a adoptar el sistema imperante en Francia, vale decir, la tendencia a encargar el conocimiento de contiendas de naturaleza administrativa a una jurisdicción especial. Esto, sin embargo, a poco andar fue modificado por una reforma constitucional que suprimió las competencias que el Consejo de Estado tenía en materias contencioso-administrativas.

2. La Constitución de 1925 consagra la separación e independencia de los poderes públicos, excluyendo la revisión del Poder Judicial sobre los actos de la Administración⁵. Luego, su jurisdicción está limitada a las causas civiles y criminales. A raíz de aquello, la doctrina y la jurisprudencia judicial de la época mayoritariamente entendieron que, en virtud del principio de la separación de poderes, tales tribunales no tenían la competencia para conocer causas de la materia contenciosa-administrativa.

A partir de su art. 87, que se refería a los “*tribunales administrativos*”, la Constitución de 1925 planificó que la plenitud de la jurisdicción contenciosa administrativa en Chile fuese radicada en ellos, formados por miembros permanentes, facultados para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Señaló la Constitución: “*su organización y atribuciones son materia de ley*”. Como es sabido, esta ley nunca se dictó.

⁵ Arts. 4° y 80° de la Constitución Política de 1925 y art. 4° del Código Orgánico de Tribunales de la época. Dice el artículo 80 que “la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenecen exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”. El artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales indica que “es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de los otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”, esto era conocer las causas civiles y criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado, intervenir en los actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención y ejercer las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que le confiere la ley. La infracción a estas normas es la nulidad del acto que importa una exlimitación de funciones.

En efecto, estos tribunales administrativos no fueron creados durante la vigencia de la Constitución de 1925 y la situación en materia de justicia administrativa pudo sintetizarse como la siguiente:

- a. Dado que los tribunales administrativos con jurisdicción general en la materia no fueron creados, ello significó que no existía ningún tribunal con plenitud de jurisdicción contencioso-administrativa⁶.
- b. La Constitución y otras leyes otorgaron competencia para conocer determinados asuntos contencioso-administrativos al Poder Judicial o a otros tribunales, cuya jurisdicción administrativa, entonces, deviene especial y restringida a casos determinados.
- c. El Poder Judicial carecería, en general, de competencia contencioso-administrativa, salvo la especial que le otorgara expresamente la ley para ciertas materias. Por ejemplo, a los tribunales ordinarios le correspondía intervenir en algunas de las siguientes materias: a) las Cortes de Apelaciones conocían de las reclamaciones que se interpusieran contra las resoluciones u omisiones ilegales de los alcaldes o las municipalidades, conforme al entonces art. 115 de la Ley de Municipalidades; b) las Cortes de Apelaciones conocen de las apelaciones que se interpongan contra las resoluciones pronunciadas por el Director General del Servicio de Impuestos Internos, en las reclamaciones que se interpongan contra la fijación de impuesto o la determinación de la renta; c) los jueces de letras conocen las reclamaciones que se interponen, previo entero de su valor, contra las multas impuestas por los intendentes, gobernadores o subdelegados por infracciones a la Ley de Caza, etc.

En virtud de lo que hemos expuesto, se concluía que se trataba de un vacío legal, y que mientras el legislador no actuara, los tribunales ordinarios debían abstenerse de llevar a juicio a la Administración. Esto produjo una gran indefensión de los particulares en sus pretensiones de frente a la Administración, en aquellos casos en que ésta lesionaba sus derechos.

3. En el texto original de la Constitución de 1980 se recoge el parecer de una buena parte de la doctrina nacional, pero las normas constitucionales no fijan explícitamente las bases de un sistema general de contencioso-administrativo ni de la organización de una magistratura especial, llamada a pronunciarse sobre controversias de carácter administrativo, ni tampoco encargan directamente a la ley que dicte normas sobre ambos aspectos.

Persistió el Constituyente en la idea de la creación especializada de estos tribunales de lo contencioso-administrativo. Así, en su art. 38 inc. 2º, reiteró la necesidad de creación de los *“tribunales contencioso-administrativos que determine la ley”*; y, en seguida, en el art. 79 restringió la potestad del Poder Judicial sólo a los *“negocios de su competencia”*, fórmula que excluía, entonces, a la materia contencioso-administrativa. Todo parecía indicar que esta vez los tribunales especiales administrativos no quedarían sólo en el texto desnudo de la CPR, sino que serían creados. Pero ello no ocurrió así.

⁶ Si bien no existían Tribunales Contenciosos con competencia general, sí en cambio existían “Tribunales Administrativos Especiales” con jurisdicción limitada a ciertas materias contencioso-administrativas, como por ejemplo: a) Contraloría General de la República, en cuanto Tribunal de Cuentas Fiscales; b) Los Tribunales Aduaneros; c) Los Tribunales de Avalúo de Bienes Raíces; d) Los Tribunales de Reclamos de Patentes Municipales; e) Tribunales de Reclamaciones, etc.

4. Ahora bien, hacia 1989 cambió la realidad del contencioso administrativo nacional. Mediante plebiscito, la CPR de 1980 fue modificada en variados aspectos, y en la materia se incluyeron las dos siguientes modificaciones: 1°) se suprimió la frase “*contencioso-administrativo*” del art. 38 inc. 2°, quedando la frase genérica, dirigida a los “*tribunales que determine la ley*” y 2°) en el art. 79 se eliminó la referencia explícita a los tribunales contencioso-administrativos. Por esta razón, por defecto, al no crearse los tribunales administrativos, toda acción administrativa debe ser conocida por los tribunales ordinarios.

En particular, este último principio, también conocido como *principio de la unidad de la jurisdicción*, consagra el sometimiento a la revisión judicial, que lleva así a término el derecho a la acción. Luego, gracias a esta plenitud es posible obtener la justiciabilidad de las acciones administrativas.

B. La tendencia actual del contencioso administrativo: un modelo mixto o pluriforme

La historia de la justicia administrativa chilena podría separarse en dos épocas: una primera, desde la Independencia hasta la década de los años 80 (revisada *supra*); y una segunda, desde los años 90 en adelante, en que hay un cambio de paradigma, y Chile, en buena medida separándose de los modelos de justicia en el derecho comparado, comienza a gestar un modelo pluriforme o mixto de justicia administrativa. La actual justicia administrativa se ha construido así:

1. No existe una organización de la justicia administrativa, con competencia general para conocer todos los conflictos de naturaleza administrativa, que fuese paralela a otros tribunales especiales (como los tribunales civiles o penales y otros). La creación de esta justicia especializada para todo caso de naturaleza administrativa (esto es, para todas las acciones típicamente administrativas: nulidad y responsabilidad) ya no está siquiera en los planes legislativos, en que se proyecte crear unos tribunales del contencioso administrativo, con competencia general en esta materia, y que funcionase en paralelo a las otras formas de justicia especial.

2. La tendencia actual es distinta: es posible observar un fenómeno pluriforme, que puede describirse a grandes trazos así:

- a. La mantención de un sustituto incompleto de justicia administrativa, como es el recurso de protección (vid. *infra*, el análisis que se ofrece), cuyo conocimiento está entregado a las Cortes de Apelaciones;
- b. La creación de múltiples acciones (bajo la denominación de “recursos”) especiales, cuyo conocimiento, en casi todos ellos, corresponde igualmente a las Cortes de Apelaciones⁷.
- c. La novísima tendencia de crear tribunales con competencia administrativa, pero respecto de materias muy concretas, relativas a sectores económicos o materias específicas; podríamos llamarlos tribunales administrativos especializadísimos (vid. *infra*, la enumeración que se ofrece).

⁷ Vid. CARMONA SANTANDER, Carlos, “El contencioso administrativo entre 1990 y 2003”, en: *La justicia administrativa* [=Actas I Jornadas de Derecho Administrativo] (coord. Juan Carlos Ferrada Bórquez, Santiago, Lexis Nexis, 2005), quien ofrece una completa relación de esta prolífica creación de acciones especiales por el legislador chileno.

Es una tendencia evidente, y que pareciera terminará por sepultar el antiguo deseo de tener una sola jurisdicción administrativa especializada; pues este fenómeno pluriforme indica una búsqueda de la súper especialización, con modelos muy distintos cada uno de ellos.

III. SITUACIÓN GENERAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CHILENO

Si bien la existencia de tribunales contencioso-administrativos ha sido un anhelo, incluso plasmado positivamente desde la Constitución Política (CP) de 1925, al día de hoy el mismo no ha sido cumplido. Esta situación produjo muy perjudiciales consecuencias en materia de protección de derechos y garantías de los administrados, frente a los actos de la Administración, por cuanto, en el período que medió entre los años 1925 y 1973, los tribunales de justicia se declararon incompetentes para conocer de las acciones de impugnación deducidas en contra de los actos de la Administración, debido a que, precisamente, no habían sido creados los tribunales contencioso-administrativos.

En el proceso de formulación de la actual Constitución Política de la República del año 1980, existía claridad en cuanto a la necesidad de crear tribunales administrativos, siendo el debate central el relativo a cuál sistema, de los dos últimos reseñados, debía adoptarse.

Hasta nuestros días esto es objeto de discusión, y al no haberse creado jamás los tribunales contencioso-administrativos, como lo ordenó originalmente -también- la Constitución⁸, no queda más que ubicar actualmente a la justicia administrativa chilena dentro del sistema que entrega todas estas materias a la *justicia ordinaria*, quien en definitiva conocerá el contencioso *anulatorio*, el contencioso indemnizatorio y el *Recurso de Protección como sustituto incompleto*.

A esta falta de jurisdicción administrativa especializada, se suma la existencia de una variedad de órganos que resuelven un sinnúmero de acciones o recursos especiales (que integran un contencioso administrativo especial: véase *infra, in fine*), con lo que se constata la existencia de un gran desorden en la justicia administrativa chilena. Así, es posible encontrar diferentes órganos que ejercen jurisdicción contencioso-administrativa, los que para simplificar su comprensión y estudio, pueden agruparse de la siguiente manera:

A. Primer orden jurisdiccional: la «justicia» constitucional

Le corresponde al Tribunal Constitucional (TC), que realiza un control concentrado de constitucionalidad: declaración de inconstitucionalidad de los proyectos de ley, ya sea por la vía de una cuestión de constitucionalidad o por la vía del control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales y las leyes de quórum calificado. En este caso, se trata de contencioso anulatorio de leyes, y en virtud de la sentencia el proyecto de ley no se podrá convertir en ley. El TC también ejerce la función de control de la constitucionalidad de los decretos y reglamentos emitidos por el Presidente de la República (art. 93 Nos. 4, 8, 9 y 16 CP).

B. Segundo orden jurisdiccional: la (dispersa) justicia contencioso-administrativa

⁸ El texto original de la Constitución de 1980 establecía en su artículo 38 inciso segundo que “*cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”. Al no haberse creado estos tribunales, esta norma fue objeto de una reforma en el año 1989, donde la expresión contencioso administrativos fue suprimida.

Le corresponde tanto al Tribunal Constitucional, como a los Tribunales ordinarios y especiales de justicia, que integran el Poder Judicial, como también a otros órganos independientes (tribunales especiales que no forman parte del Poder Judicial ni de la Administración). A veces también la ley, con una dudosa legitimidad constitucional, le asigna el papel de juez a un órgano de la Administración. Puede afirmarse, por tanto, que no hay organicidad alguna; más bien una gran dispersión.

C. Tercer orden jurisdiccional: la justicia ordinaria

Está confiado a los Tribunales que integran el Poder Judicial, que tienen potestad de imperio y que están sujetos a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Son, en general, estos tribunales los que conocen todo tipo de conflictos, civiles y criminales. Conocen de todo tipo de conflictos, en especial aquellos que no caben dentro de los órdenes anteriores, pues tienen otorgada la plenitud jurisdiccional común; y a ellos también les están confiados los recursos extraordinarios relativos a las garantías fundamentales. En este orden se enmarcan las siguientes acciones:

1. Recurso de Amparo

Es el tradicional *habeas corpus*. En su virtud “todo individuo que se halle arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes” puede ocurrir ante los tribunales en busca de protección de su libertad (art. 21 CP).

2. De nulidad (el exceso de poder chileno: el contencioso anulatorio).

Esta acción se intenta ante un tribunal de 1ª instancia, mediante el procedimiento civil, supletorio, y ante los Tribunales ordinarios que forman parte del Poder Judicial. Es el llamado juicio de «nulidad de derecho público», que se ha intentado recurrentemente, para obtener una primera declaración anulatoria, y en seguida indemnizatoria, mediante la cesación de los efectos del acto anulado. El intento permanente es producir un contencioso de plena jurisdicción, y no una sentencia meramente declarativa. Es una acción muy utilizada, con algunos excesos, por ejemplo, la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos de la Administración, lo que ha venido recientemente a ser objeto de un cambio jurisprudencial⁹.

3. De plena jurisdicción: responsabilidad del Estado Administrador

Ante los mismos tribunales, relativa a los juicios de responsabilidad de la Administración, por actos de sus agentes, de plena jurisdicción. Son contenciosos bastante generalizados, en que se ha impuesto una jurisprudencia muy sólida de frente a la Administración, pasando por una época de acogimiento al menos formal de una teoría de la responsabilidad objetiva, con algún apoyo doctrinario; hasta la actual época de acogimiento de una tesis de responsabilidad subjetiva, con un apoyo mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia¹⁰.

⁹ Vid., el actualizado y completo análisis de: JARA SCHNETTLER, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Libromar, 2004), con una exhaustiva bibliografía.

¹⁰ Vid. CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la administración del Estado* (Santiago, LexisNexis, 2003); FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado de Chile: una breve revisión al estado actual de la discusión” en: *La responsabilidad patrimonial del Estado* (compilador: MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, México, Editorial Porrúa, 2004); SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Teoría general de la*

4. Recurso de Protección

Para el caso de las garantías fundamentales de contenido patrimonial la CP creó esta acción especial y extraordinaria, en virtud de la cual “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” que enumera la CP (propiedad, libre empresa, igualdad y otras), puede ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la que según la CP: “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” (art. 20 CP).

Aun cuando el conocimiento del Recurso de Protección está entregado a los Tribunales Ordinarios de Justicia (Cortes de Apelaciones) no es posible considerarlo *per se* en ninguno de los órdenes jurisdiccionales desarrollados *supra* (constitucional o contencioso administrativo), pues: 1° no constituye esencialmente un control de constitucionalidad como el que ejerce el TC, y 2° ni cabe calificarlo de proceso únicamente contencioso administrativo. En efecto, en la actualidad el Recurso de Protección se ha convertido en un sustituto del orden jurisdiccional administrativo, ante la ausencia de un adecuado orden administrativo especializado.

D. Orden jurisdiccional administrativo especializadísimo

Son ejemplos del contencioso administrativo especial (o especializadísimo), los siguientes:

1. En materia municipal

Primero encontramos, en el artículo 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, el Reclamo de Ilegalidad que permite a cualquier particular reclamar respecto de resoluciones u omisiones del Alcalde o de sus funcionarios, y cuyas causales de procedencia son el hecho de que esas resoluciones u omisiones estimadas ilegales afecten el interés general de la comuna o provoquen un agravio en los particulares. Este reclamo se interpone directamente ante el Alcalde, el que podrá acogerlo o bien rechazarlo, en cuyo caso el particular podrá interponer el mismo reclamo ante la Corte de Apelaciones respectiva, recurriendo así a la justicia ordinaria.

2. En materia de contratación pública

La Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, creó el Tribunal de Contratación Pública, estableciendo un procedimiento de naturaleza contencioso administrativa, por el que este tribunal conoce de la acción de impugnación, ejercida mediante una demanda, contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos. La parte vencida podrá apelar en segunda instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

responsabilidad patrimonial extracontractual del estado administrador (Santiago, LexisNexis, 2005) y VERGARA BLANCO, Alejandro, “Prefacio” a: *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno*, de Ricardo Sanhueza Acosta (Santiago, LexisNexis, 2005); pp. XVII-XXII.

3. En materia tributaria

En caso de que un particular no esté de acuerdo con una resolución del Servicio de Impuestos Internos, puede interponer una reposición administrativa ante el mismo Servicio de Impuestos Internos. Luego existe tanto un procedimiento general de reclamaciones tributarias como numerosos procedimientos de reclamaciones especiales ante el Tribunal Tributario y Aduanero competente. Finalmente, las resoluciones del Tribunal Tributario y Aduanero son recurribles ante la Corte de Apelaciones respectiva.

4. En materia sanitaria

En este sector, en caso de haber discrepancias entre la Superintendencia de Servicios Sanitarios y el prestador sanitario y no siendo éstas solucionadas directamente entre ellos, se someten a la decisión de la Comisión de Expertos, órgano cuya naturaleza jurídica se discute entre los que la definen como un órgano pericial y aquellos que la consideran un tribunal. De todas maneras, al resolver este tipo de discrepancias está ejerciendo función jurisdiccional contencioso-administrativa, aunque esta comisión no forma parte del Poder Judicial, ni está sujeta a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, ni tampoco está dotada de la potestad de imperio para hacer cumplir sus resoluciones.

5. En materia eléctrica

En este ámbito se encuentra el denominado “Panel de Expertos”, órgano que ejerce jurisdicción al resolver controversias que se suscitan entre las empresas eléctricas y la Administración. En este sentido, funcionalmente, ejerce una jurisdicción contencioso-administrativa, como un verdadero tribunal especial, y ante el cual los interesados que entiendan lesionados sus derechos podrán hacer sus reclamos. Además, resuelve controversias entre empresas eléctricas constituyéndose en un verdadero tribunal arbitral. Cabe mencionar que, orgánicamente, el Panel de Expertos no forma parte del Poder Judicial ni de la Administración del Estado, no está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, y sus resoluciones no tienen potestad de imperio. De esta forma, el Panel de Expertos es un órgano independiente, que emite dictámenes vinculantes para las partes, entre las cuales puede estar la Administración, por lo que claramente tiene competencia contencioso-administrativa.

IV. EL CASO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN¹¹

A. El recurso de protección como sustituto incompleto de la ausencia de una justicia administrativa general y supletoria

1. Introducción

¹¹ Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, “El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis”, en *Gaceta Jurídica* (Santiago, n° 297, 2005) pp. 7-17. [= *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica* (Buenos Aires, año 17) pp. 213-224.], en que se ofrece esta exposición del recurso de protección, como sustituto incompleto de una justicia administrativa; sentido crítico que igualmente recojo aquí.

Como quedó expuesto, los particulares que se sientan lesionados por actos de la administración, pueden, para solicitar la *anulación* de tales actos (contencioso de anulación o de *excés de pouvoir*) y la consiguiente *indemnización* (contencioso indemnizatorio o de responsabilidad; o de plena jurisdicción), a través de las acciones antes correspondientes indicadas. Esas vías, podríamos decir, son las ordinarias en un sistema que carece de una jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo de general aplicación. Pero es indudable que este cauce tiene todas las dificultades de la justicia ordinaria, su lentitud y la falta de remedios urgentes, o de verdaderas medidas cautelares.

Ante la falta de esa jurisdicción especializada, cada vez que un particular se enfrenta con la Administración y no es posible recurrir a las otras vías de reclamo existentes, la vía de acción más utilizada, desde su creación en 1976-1980, es el *recurso de protección* (contenido en el artículo 20 de la Constitución).

2. Orígenes y evolución

El recurso de protección tiene como antecedente directo el Acta Constitucional N° 3 sobre derechos y deberes constitucionales, contenida en el Decreto Ley N° 1.552, de 13 de septiembre de 1976, la cual fue el antecedente del actual Capítulo III (“De los derechos y deberes constitucionales”) de la CP de 1980. Como se expuso anteriormente, la regulación de este recurso tuvo por objeto suplir la desprotección que, *de facto*, venía sucediendo en materia de derechos fundamentales, como consecuencia de la falta de implementación de una jurisdicción contencioso-administrativa, por medio de la creación de una de verdadera acción que diera rápido y eficaz amparo a las garantías constitucionales que fueran objeto de agravio.

Desde la fecha de su creación hasta la década de los años 90, la aplicación del recurso fue incrementando progresivamente en eficacia, pasándose de una etapa inicial de escaso valor protector, a una en la cual, paulatinamente, se fue alcanzando el verdadero carácter protector de la misma, mediante un mejor perfilamiento de ciertos aspectos de la acción, como son los relativos a la legitimación activa, las omisiones que dan lugar al amparo, la naturaleza de la amenaza, el adecuado control de la arbitrariedad administrativa y la compatibilidad de este medio tutelar con otras acciones legalmente reconocidas¹².

A partir de la década de los 90 es posible hablar ya de una suerte de consagración de la acción de protección, la cual ha recibido una importante aplicación en diversos ámbitos, de los que merecen ser destacados los relativos a la protección frente a los actos del máximo órgano de control jurídico nacional (la Contraloría General de la República), a la protección frente a agravios ocasionados por fallos judiciales, la protección en materia urbanística, en materia de contratación administrativa, por nombrar algunos¹³.

3. Aspectos generales de la regulación positiva vigente

Los aspectos generales de la regulación actualmente en vigor de esta verdadera *acción* constitucional –más que recurso-¹⁴, son los siguientes:

¹² Vid. SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (LegalPublishing Abeledo Perrot, Chile, 2009), p. 580.

¹³ Vid. *Ibíd.*, pp. 581-582.

¹⁴ Vid. NOGUERA ALCALÁ, Humberto, “El recurso de protección en Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999 p. 160.

a. Regulación

El régimen jurídico de la acción de protección consta básicamente en dos disposiciones. La fundamental es el art. 20 de la CP, la cual remite a una serie de numerales del art. 19 de la Carta Fundamental; y el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, del año 1992, modificado el año 2007¹⁵.

b. Garantías constitucionales tuteladas

Los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1° (el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona), 2° (la igualdad ante la ley), 3° inciso cuarto (derecho al juez predeterminado), 4° (el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia), 5° (la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada), 6° (las libertades de conciencia y culto), 9° inciso final (derecho a elección del sistema de salud y a la correcta ejecución de las acciones de salud por el Estado), 11° (la libertad de enseñanza), 12° (la libertad de opinión), 13° (el derecho de reunión), 15° (derecho de asociación), 16° 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 (libertad de afiliación), 19° (el derecho a sindicarse), 21° (el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional), 22° (el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato en materia económica), 23° (derecho a la propiedad), 24° (derecho de propiedad), y 25° (derecho a la propiedad intelectual e industrial), así como el caso del N° 8 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.

Si bien el señalado es el ámbito material que, *de lege data*, configura el radio de alcance de la acción de protección, el mismo se ha visto superado por la jurisprudencia de los tribunales de justicia, los cuales, por medio del recurso a la -cuestionable- técnica de la

¹⁵ La validez de este Acto Acordado ha sido criticada. En efecto, el mismo surge por disposición expresa del Acta Constitucional N° 3, la cual, junto con reconocer una acción constitucional para la protección de los derechos y libertades fundamentales, dispuso que tal acción sería objeto de desarrollo por medio de un Auto Acordado. Así, en virtud de dicho mandato constitucional, se dictó el Auto Acordado de 29 de marzo de 1977. Tal remisión constitucional a un Auto Acordado desapareció en la CP de 1980, por lo que al día de hoy dicha norma carece de fundamentación constitucional. Vid. ANDRADES RIVAS, Eduardo, “Algunos comentarios al nuevo Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, 1998, p. 121. En la actualidad, se considera que la vigencia de tal norma viola el principio de legalidad en materia procesal, e incluso vulnera las normas relativas al debido proceso, en tanto que niega el derecho a defensa de los recurridos. Vid. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho*, Vol. 19, N° 2 (Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2006), p. 207. En contra de tal consideración, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.13, N° 1, 2007, quien sostiene que “...El procedimiento de protección o amparo de los derechos debe asegurar la bilateralidad dando oportunidad real de defensa, la que se da cuando al sujeto pasivo de la acción de protección se le solicita el informe al cual puede adjuntar todos los antecedentes pertinentes documentales o de otro tipo, pudiendo solicitar medidas para mejor resolver, en tal caso, el que no responde la información solicitada no puede alegar indefensión ya que tuvo una oportuna, razonable y suficiente oportunidad de ser escuchado y de producir su defensa, siendo parte en el proceso, de manera tal que en dicha situación no puede sostenerse que se haya quebrado el principio y regla de la defensa en juicio como derecho y garantía constitucional”.

«propietarización de derechos» ha dado cabida a la extensión de la acción respecto de garantías originalmente excluidas del ámbito de la protección¹⁶.

c. Actos contra los que procede

De acuerdo a la dicción del art. 20 de la CP, la acción de protección procede contra *actos u omisiones*. Dicho actos, señala la disposición, deben ser *arbitrarios o ilegales*. Y los mismos deben conllevar como consecuencia una *privación, perturbación o amenaza* en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías antes mencionados. Consecuentemente, en la ponderación de la procedencia de la acción de protección, se valora la existencia de una amenaza, perturbación o privación *reales y manifiestas*, ya que de no existir las mismas, no concurren los presupuestos de hecho para la viabilidad de esta acción¹⁷.

d. Legitimación activa y pasiva

Según dispone el art. 20 del texto constitucional, se encuentra legitimado activamente el titular de los derechos y garantías afectados, quien podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre. Tal norma es complementada por el Auto Acordado, señalando que quien comparezca debe poseer capacidad procesal, aunque no tenga para ello mandato especial, y de hacerlo, por escrito en papel simple y aun por telégrafo o télex.

En cuanto a la legitimación pasiva, el Auto Acordado alude a “...la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger”.

e. Interposición

Según señala el art. 20 de la CP, la acción de protección debe interponerse en la Corte de Apelaciones respectiva. Por su parte, el Auto Acordado de la Corte Suprema comprende por “Corte de Apelaciones respectiva” aquella en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza.

De acuerdo al Auto Acordado, la acción debe interponerse dentro del plazo fatal (de caducidad) de treinta días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. Ahora bien, debemos indicar que el mencionado plazo no tiene antecedente en el texto constitucional. En efecto, fue el Auto Acordado de la Corte Suprema, de 29 de marzo de 1977, el que impuso el plazo de caducidad de 15 días, el cual, desde el año 2007, se amplió a 30 días corridos¹⁸. Siendo ello así, es necesaria una racional y justa valoración de los antecedentes, sin olvidar los presupuestos de derecho que instrumentó el constituyente para el establecimiento mismo del arbitrio, esto es, si persiste la privación, perturbación o amenaza, o sin aun no se restablece el imperio del Derecho, o si aún es posible asegurar la

¹⁶ Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, “La propietarización de los derechos”, en *Revista de Derecho*, Vol. 14 (Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, 1992), pp. 289-291; NOGUEIRA ALCALÁ, op. cit.; BORDALÍ SALAMANCA, op. cit., p. 206.

¹⁷ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, op.cit.

¹⁸ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, “El recurso de protección en Chile”, op. cit., p. 163, quien considera este plazo inconstitucional, por vulnerar la reserva constitucional de la regulación de los derechos y garantías constitucionales.

debida protección al afectado, que es lo que en el fondo se desea, más allá de la necesidad procesal de un plazo.

A este respecto, la Corte Suprema ha sostenido en diversos fallos que el plazo señalado se cuenta desde la fecha de *ejecución* del acto u *ocurrencia* de la omisión y *no desde la producción de sus efectos*, ya que aceptar esto implicaría dejar al arbitrio del recurrente la determinación de la fecha a partir de la cual se contabilice el término para deducir la acción, lo cual contraría lo claramente ordenado en el Auto Acordado. Esta regla, obviamente, no es de aplicación en los supuestos en los que, ejecutado el acto o incurrida la omisión, sólo se toma conocimiento de ellos en un momento posterior. Es de aplicación, por tanto, el principio del conocimiento.

Tampoco rige esta regla en el caso de recursos de protección que se refieran a “ilícitos ambientales continuados o permanentes”¹⁹, es decir, aquellos fundados en el derecho fundamental garantizado constitucionalmente a “vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (art. 19 N° 8 CP), en que el acto u omisión agravante comienza a producir sus efectos con anterioridad a la interposición de la acción, pero dichos efectos aún se siguen produciendo al momento de interponer la acción. La jurisprudencia al respecto ha señalado que “el término (...) otorgado para interponerlo, comienza a correr, cuando se interrumpe la actividad que causa u origina el trastorno, como quiera que esa actividad, mientras se desenvuelve constituye un estado que se mantiene y renueva día por día”²⁰. Otras sentencias llegan a la misma conclusión: “teniendo para ellos presente que el acto que motiva los recursos es de aquellos de desarrollo permanente y continuo, (...) por lo que el derecho a recurrir de protección no precluye mientras la acción contaminante continúa produciéndose”²¹ o también señalando que “el plazo (...) para interponer el recurso no comienza a correr mientras se estén produciendo los hechos que causan la amenaza o perturbación”²².

Interpuesta la acción, la misma es sometida a un *examen de admisibilidad*, consistente en determinar si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el art. 20 de la CP²³.

f. Adopción de medidas de restablecimiento y aseguramiento

Según lo establecido por el texto constitucional, la Corte 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.

En esta materia, el Auto Acordado ha reconocido la posibilidad de que la Corte, a fin de evitar que se concrete el daño proyectado, o que sea mayor el daño que se está ocasionando, pueda decretar una *medida cautelar* que procesalmente se ha venido en denominar «Orden de No

¹⁹ Vid. VARGAS MIRANDA, Rafael Andrés, *El recurso de protección ambiental* (Santiago, Ediciones Metropolitana, 2005), p. 572.

²⁰ Considerando segundo, *Hidalgo Molina y otra con Sociedad Pesquera Guanaye Ltda. y otras* (1985).

²¹ Considerando sexto, *Flores San Martín y otros con Codelco Chile División El Salvador* (1988).

²² Considerando octavo, *Zegers Vial y otra con Matadero Río Bueno Limitada (Somar Ltda.)* (1998).

²³ Este examen también ha sido sometido a críticas, desde que el mismo tampoco aparece como una mención en el texto constitucional. Ello cobra relevancia cuando, como consecuencia del examen, el recurso es declarado inadmisibile. Así, el mismo ha sido tildado de inconstitucional. Vid. ANDRADES RIVAS, op. cit., pp. 123-124; SOTO KLOSS, op. cit., pp. 582-583.

Innovar». Esta medida tiene una importante consecuencia en materia de actos administrativos, consistente en la posibilidad de *suspender* los efectos del mismo²⁴.

g. Procedimiento y fallo

Acogido a tramitación el recurso, la Corte solicitará a la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, un informe, fijándole un plazo breve y perentorio para su emisión, señalándole que conjuntamente con éste deberán remitirse todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto.

Recibidos o no los informes, se fijará fecha para los alegatos, pudiendo la Corte ordenar diligencias para mejor resolver.

La valoración de los antecedentes se efectúa de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La sentencia, ya sea que acoja, rechace o declare inadmisibile el recurso, será apelable ante la Corte Suprema.

4. El recurso de protección como sustituto jurisdiccional

Como se indicó, ante la ausencia de una jurisdicción especializada, el recurso de protección ha venido siendo utilizado de forma general, como una especial herramienta para la protección de ciertas garantías constitucionales. Por esta vía, la ausencia de tal jurisdicción ha sido suplida, de forma incompleta, sea dicho, por la acción de protección.

Ahora bien, es importante notar que esta acción constitucional no fue creada como un sustituto de la jurisdicción contencioso-administrativa; y, a pesar de eso, dada la fuerte presión de los justiciables, y la laxa interpretación que las Cortes han dado a algunas garantías constitucionales, en gran medida esta vía se ha convertido en una jurisdicción doble:

- a. Por una parte, sigue respondiendo al molde primigenio de la CP, como amparo de garantías constitucionales, y al respecto hay una nutrida, notable y valiosa jurisprudencia, y,
- b. por otra parte, encontramos aquí el cauce por donde los justiciables que se enfrentan a lesiones en sus derechos provenientes de actos de la Administración, han convertido, con algún éxito, esta acción en un contencioso no sólo cautelar sino con sentencias claramente anulatorias, con el mismo efecto de un proceso de exceso de poder.

Precisamente, estos elementos tienen importantes consecuencias en relación a las perspectivas del contencioso administrativo chileno.

Así, la primera y gran derivada guarda relación con la relajación de la idea de necesidad real de una jurisdicción contencioso-administrativa; idea la cual es sólo eso: una idea, por cuanto tal necesidad encuentra fundamento en dotar al país de un verdadero sistema contencioso administrativo que descansa sobre las premisas, sustanciales por cierto, de *especialidad* (cada vez más relevante en nuestros días) y de *jurisdicción*, las que, al día de hoy, no se cumplen. Existe, por tanto, una suerte de conformidad “a la baja”.

²⁴ Vid. OELCKERS CAMUS, Osvaldo, “Suspensión de los efectos del acto administrativo por orden de no innovar en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho*, N°20, 1993.

La segunda guarda relación con la perspectiva de seguridad y certeza necesaria en la protección de los derechos fundamentales y, en general, respecto de la tutela de derechos de frente a los actos de la Administración. Es necesaria la existencia de una jurisdicción contenciosa administrativa que cuente con las facultades necesarias para la protección *in extenso* de tales derechos, las cuales se han de manifestar tanto desde la perspectiva del procedimiento, como desde la perspectiva del contenido resolutivo. Sin embargo, mientras tales falencias permanezcan, la acción de protección seguirá jugando un papel relevante en el resguardo de los derechos y garantías constitucionales.

B. El recurso de protección como «proceso urgente»

Entonces, si el panorama del recurso de protección es el revisado, en que no ha podido cumplir el rol de sustituir a una ausente justicia administrativa más completa; es posible observar que al menos puede mantenerse y aun ampliarse su utilidad para las medidas cautelares de los derechos de los administrados, entendiéndolo como un “proceso urgente”, cuya vocación pareció ser la original.

Ofrezco, en esta línea, por ahora sólo estas reflexiones básicas.

El contencioso-administrativo corresponde a un control externo de juridicidad de la actividad administrativa que puede realizarse de distintas formas, siendo tres los sistemas más conocidos. El primer modelo es el *francés*, el cual entrega todo el contencioso-administrativo a un juez administrativo especializado; el segundo es un sistema *mixto*, donde el contencioso de anulación lo ve un juez administrativo, especializado; mientras que el contencioso indemnizatorio está en manos del juez común y, finalmente, existe un tercer modelo que puede denominarse *anglosajón*, que deja todas estas materias en la esfera del juez común.

Este sistema de control, con carácter general, se vertebra sobre procedimientos de lato conocimiento, en los cuales la capacidad cognoscitiva del juez se desarrolla a través de diversos y amplios márgenes, con holgados plazos al efecto. Esta capacidad tiene, sin embargo, el riesgo inherente a todo proceso en el cual se busca alcanzar un acabado conocimiento de los hechos, para poder fallar «en justicia»: la dilación; y con éste, la dilución –ineficacia- de la resolución.

Precisamente en este contexto surgen los denominados «procesos urgentes». Éstos constituyen una nueva categoría del Derecho Procesal, que tiene por objeto aludir a los medios a través de los cuales es posible solicitar una rápida resolución judicial –provisional o definitiva-, destinada a evitar un eventual daño o revertir un daño en curso. El elemento característico de esta categoría es la celeridad, la cual tiene como consecuencia la reducción del ámbito de cognición y la limitación -restricción- del principio de bilateralidad²⁵.

Esta categoría, en tanto *tertium genus*, se encuentra integrada esencialmente por las siguientes especies²⁶:

1. Las medidas cautelares propiamente tales

Es decir, aquellas que tienen por objeto asegurar la utilidad -eficacia- de la *sentencia* definitiva respectiva. Acerca de la relación de estas medidas con el género de los procesos urgentes, se

²⁵ Vid. DE LOS SANTOS, Mabel, “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVI, N°1, 1999, p. 22.

²⁶ Vid. *Ibíd.*, p. 24, y la bibliografía allí citada en nota al pie N° 3.

suele afirmar que si bien todo lo cautelar tiene naturaleza urgente, no todo lo urgente es cautelar²⁷.

2. Las medidas autosatisfactivas

Las cuales constituyen “...soluciones urgentes no cautelares, despachables *in extremis*, y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles...”²⁸. Los elementos propios de estas medidas son: (i) particularidad de las necesidades del solicitante, o derecho materia subyacente de carácter especial (tutela ambiental, por ejemplo); (ii) carácter principal y no accesorio de la pretensión; (iii) carácter autónomo del proceso, no dependiendo la permanencia de sus efectos de un juicio principal; (iv) complejidad meridiana del proceso, es decir, que conlleve cierto grado de bilateralidad; (v) atipicidad de las soluciones derivadas del proceso, inspiradas en la especialidad del derecho material subyacente, y (vi) mayor empoderamiento de las atribuciones del juez²⁹.

3. Las medidas anticipatorias

Que buscan asegurar inmediatamente la *pretensión* planteada, a fin de evitar daños irreparables que puedan ocurrir de no producirse la intervención judicial.

A través de diversas instituciones, esta categoría ha tenido recepción también en el Derecho Procesal Administrativo, o contencioso-administrativo. En efecto, la categoría de los *procesos urgentes* ha recibido recepción positiva en la legislación contenciosa administrativa francesa y portuguesa. Así, cabe hacer alusión al denominado «Référé» francés, incorporado en el “Code de Justice Administrative” del año 2000, el cual recoge variados procesos urgentes en diferentes materias³⁰ (*référé liberté*, relativo a libertades fundamentales; *référé précontractuel*; *référé contractuel*; *référé en matière fiscale*; *référé en matière de communication audiovisuelle*). Por su parte, el Título IV, artículos 97 y siguientes del Código portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos, del año 2002, regula una serie de procesos urgentes, a saber: el contencioso electoral, el contencioso precontractual, procedimientos de urgencia para la obtención de información, de consulta de documentos o emisión de certificaciones, los procedimientos de defensa de derechos y libertades fundamentales, y los procedimientos cautelares *stricto sensu*.

²⁷ Vid. *Ibíd.*, p. 22. En materia cautelar administrativa, recogiendo esta idea, vid. CASSAGNE, Juan Carlos, “Medidas cautelares. Mandatos judiciales preventivos y anticipados en el Contencioso Administrativo”, Ponencia presentada en el *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 1 [disponible en <http://www.procesal2009bsas.com.ar/libros.html>].

²⁸ Vid. DE LOS SANTOS, *op. cit.*, p. 24. En nuestra doctrina, la alusión a las mismas y su diferenciación de las medidas cautelares *stricto sensu*, puede verse en LIZASO SOLÍS, Oscar, *Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2005, pp. 6-7. En contra de tal distinción, considerándola como efímera, en tanto que los supuestos en los que sería procedente decretar una medida cautelar autónoma o una medida autosatisfactiva son los mismos, vid. BORDALÍ SALAMANCA, *op. cit.*, p. 214.

²⁹ Vid. PEYRANO Jorge, “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada, en Argentina?”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N°12, 2008; pp. 229-244 [disponible en <http://www.elateneo.org/Tutela-Diferenciada.php>].

³⁰ Los cuales no poseen todos una verdadera naturaleza cautelar. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El nuevo código portugués del proceso de los Tribunales Administrativos”, en *Revista de Administración Pública*, N° 162, 2003, p. 425.

En este esquema tutelar cautelar, en sentido amplio, cabe incluir al Recurso de Protección, el cual, en tanto tal, constituye un verdadero sistema de “tutela diferenciada”³¹.

Por lo tanto, en el panorama actual, en que el recurso de protección, claramente no pudo sustituir la ausencia de una justicia administrativa, al menos podría constituirse en un proceso urgente: y a través de ello cautelar de mejor modo los derechos de los administrados. Entonces, los esfuerzos de la doctrina podrían ir encaminados a encauzar, dogmáticamente, las escuetas reglas que ofrece el sistema normativo vigente para esta acción (art.20 CPR) en esa línea. Del mismo modo que los esfuerzos jurisprudenciales.

Para ello, seguramente, es necesario discutir si el legislador puede regular de un modo más completo este recurso (reemplazando el autoacordado actual, en que la Corte Suprema capturó potestades normativas).

V. *Jurisprudencia citada*

1. *Flores San Martín y otros con Codelco Chile División El Salvador* (1988): Corte de Apelaciones de Copiapó 23 de junio de 1988 (Recurso de Protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1988) T.LXXXV, N°1 segunda parte, sección quinta: pp. 191-212.
2. *Hidalgo Molina y otra con Sociedad Pesquera Guanaye Ltda. y otras* (1985): Corte Suprema 31 de julio de 1985 (Recurso de Protección), *Fallos del Mes* (1985) N°320: pp. 429-435.
3. *Zegers Vial y otra con Matadero Río Bueno Limitada (Somar Ltda.)* (1998): Corte Suprema 29 de julio de 1998 (Recurso de Protección), *Gaceta Jurídica* (1998) N°217: pp. 35-40.

³¹ Vid. ZÚNIGA URBINA, Francisco, “El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007; p. 64. Asimismo, calificando al recurso de protección como un “proceso urgente”, vid. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel, “El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol.10, N° 2, 2004.