

# DERECHO ADMINISTRATIVO

---

**Revista de Doctrina, Jurisprudencia,  
Legislación y Práctica**

---

## EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO SUSTITUTO DE UNA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADA. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS

por ALEJANDRO VERGARA BLANCO \*\*

Se ofrece en este trabajo un sencillo análisis crítico de la situación de la jurisdicción contenciosa administrativa en Chile <sup>1</sup>, en especial del recurso de protección de garantías fundamentales como su parcial sustituto. Parte el autor exponiendo los criterios usuales de distinción de los sistemas contencioso administrativos en el derecho comparado. En seguida, se revisa la evolución histórica de la ausencia de un orden jurisdiccional especializado en lo contencioso administrativo, y luego se expone la situación de búsqueda de una jurisdicción administrativa a través del recurso de protección y los problemas que éste plantea. Cierra en el trabajo algunas conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN. SISTEMAS COMPARADOS DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Para comprender la situación chilena, podemos revisar, siquiera brevemente, cómo se ha establecido la jurisdicción contenciosa administrativa en el resto del mundo, y compararla con Chile <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Trabajo que corresponde a la Conferencia Inaugural que el autor tuvo el honor de pronunciar en las *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, noviembre 2004). Aparecerá publicado en las actas de ese encuentro.

<sup>2</sup> Para una perspectiva comparada, ver: LEMASURIER, Jeanne, *Le contentieux administratif en droit comparé*, Economica, París, 2001, 108 ps., que seguimos en el esquema. Respecto de España: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. 2, Civitas, Madrid, 2004; SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios de derecho administrativo*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, ps. 615 y ss., Respecto de Francia: CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 4ª ed., Montchrestien, París, 1993, 1045 ps.

\* Sección a cargo de Marisa L. Panetta, Gerónimo Rocha Pereyra y Estela B. Sacristán.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

## 1. Definición

Cabe definir al contencioso administrativo como el conjunto de recursos abiertos a los administrados para someter a un juez los litigios que los oponen a la Administración.

a) Desde la perspectiva de los administrados, estos recursos 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”).

b) Desde la perspectiva de la Administración, estos recursos 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).

## 2. Características

Este contencioso se caracteriza por tres rasgos o características principales:

a) los recursos son entablados ante un juez, o una autoridad que, por definición debe ser imparcial, independiente del gobierno y de la Administración;

b) el juez falla, sentencia o dictamina en derecho, no en equidad, y se limita a controlar el respeto de la regla de derecho; y

c) el control se ejerce *a posteriori* sobre las decisiones tomadas por la autoridad administrativa.

Estas tres características lo distinguen del control no jurisdiccional<sup>3</sup>.

## 3. Los sistemas comparados de contencioso administrativo

Los recursos jurisdiccionales deben conciliar a la vez el respeto a la legalidad y a los derechos y libertades individuales; como también el respeto de las potestades y prerrogativas necesarias de la Administración para asumir su misión y dirigir los servicios públicos. Éstos son elementos difíciles de conciliar, y los sistemas de control jurisdiccional son diferentes según los países y ninguno es perfecto. Existen en el mundo occidental tres grandes sistemas de control jurisdiccional:

a) *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.

b) *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 cuasi delictual los conoce el juez judicial. La ventaja es que la repartición de competencias entre los dos ór-

<sup>3</sup> Como es el caso en Chile del control, usualmente *a priori* realizado por la Contraloría General de la República. Además, cabe recordar que una vez reclamada la intervención de los tribunales por un particular, el órgano contralor se abstiene de intervenir, según reiterada jurisprudencia administrativa.

denes es más *lógica* <sup>4</sup>: 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.

c) *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.

#### 4. La situación en Chile

Pues bien, ninguno de estos sistemas rige en Chile, aunque quizás se acerca a este último. Pues la situación es bastante anárquica: de partida, no existe orgánicamente la jurisdicción administrativa especializada, ni dentro del Poder Judicial ni como rama de la Administración, ni siquiera de manera independiente. No está definida como tal, y se trata de una ausencia y dispersión que ha originado cauces por vías anormales, según veremos *infra*.

## II. HISTORIA DE LA AUSENCIA DE UNA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADA Y ACTUAL SITUACIÓN

### 1. 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 panorámico, es necesario señalar los hitos fundamentales de la ausencia de contencioso administrativo especializado en Chile.

a) La Constitución Política de 1925 contenía una disposición, que se tornó de aquellas que dramáticamente hubo que llamar "programáticas", en virtud de la cual se previó la creación de tribunales administrativos. Al mismo tiempo, la ley limitaba la jurisdicción del Poder Judicial a las causas civiles y criminales que establecía la ley. A raíz de eso, 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.

En virtud de ello 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.

<sup>4</sup> Conf. LEMASURIER, Jeanne, *Le contentieux...*, cit., p. 5.

Esto produjo una gran indefensión de los particulares en sus pretensiones frente a la Administración, en aquellos casos en que ésta lesionaba sus derechos, sin perjuicio del papel limitado que cabe reconocer a la Contraloría General de la República <sup>5</sup>.

b) El texto primigenio de la Constitución Política (CP) de 1980, sin embargo, persistió 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, CP, restringió la potestad del Poder Judicial sólo a los “negocios de su competencia”, fórmula que excluía, entonces, a la materia contenciosa administrativa. Todo parecía indicar que esta vez los tribunales especiales administrativos no quedarían sólo en el texto desnudo de la Constitución Política, sino que serían creados. Pero ello no ocurrió así...

c) En 1989, mediante plebiscito, la Constitución Política de 1980 fue modificada en variados aspectos, y en la materia se incluyeron las dos siguientes modificaciones: 1º) se suprimió la frase “contencioso-administrativo” del art. 38, inc. 2º, CP, quedando la frase genérica, dirigida a los “tribunales que determine la ley”, y 2º) en el art. 79 se eliminó la referencia explícita a los tribunales contencioso-administrativos.

A raíz de estas modificaciones constitucionales, en todo caso, no se ha concluido, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (como antaño), que la Administración tendría inmunidad jurisdiccional por virtud del sacrosanto principio de separación de poderes. Sino que se ha impuesto la sana doctrina de la plenitud jurisdiccional de los tribunales que integran el Poder Judicial, dada la inexcusabilidad a que están sujetos <sup>6</sup>.

Éste es el contexto histórico. Ahora un análisis dogmático.

## 2. Órdenes de jurisdicción vigentes y justicia contencioso administrativa

¿Cómo está determinada la competencia jurisdiccional en materia contencioso administrativa en Chile? Si es difícil usualmente identificar el juez habilitado para resolver un conflicto, en nuestro país ello tiene dificultades irritantes, pues en el caso de la jurisdicción administrativa, ésta no existe orgánicamente, y cabe recabarla en los tres órdenes de jurisdicción existentes.

En efecto, funcionalmente, la justicia chilena comprende tres órdenes de jurisdicción:

a) *Primer orden jurisdiccional: la justicia constitucional.* Le corresponde tanto al Tribunal Constitucional como a la Corte Suprema reunida en Pleno:

(i) El Tribunal Constitucional es juez *a priori* y 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 *quorum* 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.

<sup>5</sup> Ver SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo*, t. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 357, y SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 192.

<sup>6</sup> Ver SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 397 ss.; SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho...*, cit., 1994, p. 193.

(ii) La Corte Suprema es juez *a posteriori*: declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes para causas específicas, sin efectos generales. En este caso, la sentencia sólo tiene efectos relativos para la causa en que se invoca y declara la inaplicabilidad; la ley sigue vigente.

Este es un sistema mixto de control de constitucionalidad: mitad al estilo europeo, mitad al estilo norteamericano.

*b) Segundo orden jurisdiccional: la (dispersa) justicia contencioso administrativa.* No hay organicidad alguna; más bien una gran dispersión, como analizamos *infra*. 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.

(i) El Tribunal Constitucional ejerce la función de jurisdicción contencioso administrativa al resolver la constitucionalidad de los decretos y reglamentos (art. 82, incs. 3º, 5º, 6º y 12, CP).

(ii) Los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial ejercen la plenitud de la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo supletorio y general, ante la inexistencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo con competencia general. Conocen de todas las acciones contencioso administrativas especiales, como por ejemplo las reclamaciones en contra de superintendencias y servicios, contenidas en leyes especiales (reclamos especiales contra la Superintendencia de Servicios Sanitarios; en contra de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; en contra del director general de Aguas, etc.). Son éstas acciones especiales de reclamación contencioso administrativas, y dan origen a un proceso contencioso administrativo.

(iii) Existen órganos independientes que no forman parte ni de la Administración ni del Poder Judicial, con potestad jurisdiccional en el orden contencioso administrativo. Es el caso especial del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos <sup>7</sup>.

(iv) Existen órganos de la Administración con potestad jurisdiccional en el orden contencioso administrativo (en que ésta puede tener el carácter de juez y parte: es el caso del director del Servicio de Impuestos Internos, en el contencioso administrativo tributario).

En todo caso, el sistema de control de la juridicidad administrativa también incorpora un órgano independiente de la Administración que ejerce la supervigilancia: la Contraloría General de la República (cuyo papel se analiza en el capítulo siguiente).

*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 den-

<sup>7</sup> Respecto del caso del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos, que es un órgano independiente que ejerce jurisdicción y que no forma parte ni del Poder Judicial ni de la Administración, ver: VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho eléctrico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, ps. 34/41; y él mismo, "El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del 'Panel de Expertos'", *Actas de las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo*, Valdivia, 2004, en prensa.

tro de los órdenes anteriores, pues tienen otorgada la plenitud jurisdiccional común; y en especial a ellos también les están confiados los recursos extraordinarios relativos a las garantías fundamentales. Es el caso de las dos siguientes acciones extraordinarias:

(i) *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).

(ii) *Recurso de protección*. Para el caso de las garantías fundamentales de contenido patrimonial, la Constitución Política 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 Constitución Política (propiedad, libre empresa, igualdad y otras), puede ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la que, según la Constitución Política, “*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).

Al recurso de protección 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 Tribunal Constitucional, y 2) ni cabe calificarlo de proceso únicamente contencioso administrativo. No obstante, este origen del recurso de Protección, inserto en el orden judicial ordinario, y dirigido a garantizar la propiedad, la igualdad y otros derechos fundamentales, ante cualquier atentado, se ha convertido, según veremos, en un sustituto del orden jurisdiccional administrativo, ante la ausencia de un adecuado orden administrativo especializado.

Éste es el esquema dogmático fundamental. Ahora nos infiltraremos en los entresijos de la práctica.

### III. BÚSQUEDA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN UN SISTEMA QUE CARECE DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO SUSTITUTO

#### 1. La búsqueda de justicia administrativa en medio de la anarquía *chilensis*

Entonces, cabe preguntarse, ante qué jurisdicción pueden recurrir los particulares que se sientan lesionados por actos de la Administración, tanto para solicitar la anulación de tales actos (contencioso de anulación o de *excès de pouvoir*) y la consiguiente indemnización (contencioso indemnizatorio o de responsabilidad; o de plena jurisdicción). Debemos recordar que en Chile no existe, como se ha señalado, ni una jurisdicción ni un procedimiento especial o de efecto general supletorio para las contiendas contencioso administrativas.

La respuesta lógica sería la siguiente: se debe recurrir ante el Poder Judicial respecto de las causas contra actos de la Administración. Pero ello envuelve nuevos incon-

venientes, a raíz de la falta de un procedimiento general. ¿Qué actitud han tomado los justiciables en Chile? Sin perjuicio de una serie de contenciosos especializados establecidos en diversas materias especiales (amparo económico; reclamaciones a la autoridad sanitaria; a la autoridad eléctrica, y otros), cabe referirse al contencioso de general aplicación.

## 2. Las vías ordinarias (ante el lento juez judicial) en un país sin tribunales especiales del contencioso-administrativo

a) *La nulidad (el exceso de poder chileno: el contencioso anulatorio)*. Una primera vía es la del contencioso anulatorio general, ante un tribunal de primera 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 jurisprudencial <sup>8</sup>.

b) *La plena jurisdicción: responsabilidad del Estado Administrador*. Una segunda vía, ante los mismos tribunales, es la 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 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 jurisprudencia <sup>9</sup>.

Las dos vías anteriores, 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.

<sup>8</sup> Ver el actualizado y completo análisis de: JARA SCHNETTLER, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Libromar, Santiago, 2004, 285 ps., con una exhaustiva bibliografía.

<sup>9</sup> Ver CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la administración del Estado*, LexisNexis, Santiago, 2003, 202 ps.; FERRADA BÓRQUEZ, Juan C., "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado de Chile: una breve revisión al estado actual de la discusión"; MARN GONZÁLEZ, Juan C. (comp.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2004, ps. 107/135; SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del estado administrador*, LexisNexis, Santiago, 2005, y VERGARA BLANCO, Alejandro, prefacio a SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Teoría...*, cit.



### 3. Una vía extraordinaria (y rápida) en un país sin contencioso-administrativo especializado: el recurso de protección como sustituto incompleto

Ante la falta de esa jurisdicción especializada del contencioso administrativo, cada vez que un particular se enfrenta con la Administración y no es posible recurrir a otras vías de reclamo (administrativas: ante la Contraloría General de la República; o jurisdiccionales: ante la no existencia de un recurso especial de lo contencioso administrativo, como es el caso municipal, o eléctrico, o de aguas, u otros; en fin, ante la respuesta inadecuada de los juicios de primera instancia señalados en el párrafo anterior: nulidad y responsabilidad), la vía de acción más utilizada, desde su creación en 1976-1980, es el recurso de protección (contenido en el art. 20 de la Constitución).

Pero, ¿qué ha ocurrido? Que este recurso de protección de las garantías constitucionales no fue creado 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 un jurisdicción doble:

a) Por una parte sigue respondiendo al molde primigenio de la Constitución Política, como amparo de garantías constitucionales de contenido patrimonial, y al respecto hay una nutrida, notable y valiosa jurisprudencia.

b) Por otra, 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.

### 4. Crítica del recurso de protección como sustituto permanente de un proceso contencioso-administrativo

Sin perjuicio de la clara situación de justicia concreta a que ha llevado el recurso de protección, que con razón se ha calificado de "revolución silenciosa" (Soto Kloss), no podemos considerar a este remedio como permanente. Claramente, como queda en evidencia una superficial mirada a su jurisprudencia, tan disímil, sólo es la solución para el mejor amparo de los derechos y garantías patrimoniales; pero no es la solución a la ausencia del contencioso administrativo.

a) Pero esta situación, al no estar claramente regulada, ni al ser la jurisprudencia muy uniforme, dista de ser siquiera una solución ideal permanente para las garantías fundamentales de orden patrimonial.

Lo más grave es que este recurso de protección, a pesar de dar lugar a un verdadero juicio, que es el marco insoslayable en que se realiza la jurisdicción<sup>10</sup>, no siempre se tramita a través de un proceso en que se cumplan los más mínimos cánones o estándares de un debido y racional proceso, como lo exige para todo proceso el art. 19, inc. 3º, CP.

<sup>10</sup> Cónf. FERRADA BÓRQUEZ, Juan C. - BORDALÍ SALAMANCA, Andrés - CAZOR ALISTE, Kamel, "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XIV, julio 2003, p. 74.

Dado lo escueto del texto que lo consagra en la Constitución Política (art. 20), cabe una intervención legal, pues los autoacordados de la Corte Suprema no han dado una solución medianamente aceptable, fijando plazos nada razonables y una ausencia de garantías procesales mínimas para los justiciables.

b) En el caso del recurso de protección como sustituto del contencioso-administrativo, ha sido, es verdad, la palanca desesperada de los particulares lesionados por actos de la administración, motivados por la ausencia de un contencioso administrativo especial y de efectos generales <sup>11</sup>.

De un tipo de recurso del que no se debiera esperar más que la cautela extraordinaria de derechos (pues eso es, en esencia, la acción de protección consagrada en la Constitución Política), se ha llegado a un verdadero anulatorio de actos (recurso de *excès de pouvoir*), a través de sentencias que a pesar de lo extraordinario y cautelar del recurso (a la espera del juicio de lato conocimiento posterior en el plan de la propia Constitución Política), en algunas ocasiones producen no sólo cosa juzgada formal, sino la nulidad para siempre de actos de la Administración. En algunos casos ese remedio ha sido notable en cuanto a justicia concreta, pero dado el zigzag constante de la jurisprudencia, no hay criterios seguros a los cuales atenerse ni en los cuales los justiciables puedan confiar su certeza. Y, cabe recordar, que la certeza en el sistema jurídico es un valor del derecho, es un fin al cual cabe dirigir a la legislación.

c) Una de las características más notables de la jurisprudencia del recurso de protección es la concentración de casi todas las protecciones a sólo dos garantías constitucionales: propiedad e igualdad.

(i) A través de la garantía de la igualdad, y a través de alguna dialéctica asociada, se llega al principio de la legalidad o de la juridicidad; esto es, el amparo de la garantía de la igualdad se transforma en el contencioso del exceso de poder, anulatorio.

(ii) A través de la garantía de la propiedad (y aun de la "propietarización" de los derechos) <sup>12</sup> se llega al principio de la potestad invalidatoria, y, al amparo de la garantía de la propiedad, se transforma igualmente en contencioso del exceso de poder, invalidatorio.

#### IV. CONCLUSIONES

1) El recurso de protección es una acción rápida y eficaz establecida por el constituyente chileno para la protección y cautela de las garantías constitucionales de orden patrimonial. Debe seguir prestando ese servicio, pero reconducido a través de un verdadero proceso, con garantías de racional y justo.

2) El recurso de protección, ante la ausencia de un tribunal o de una jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha transformado en un sustituto de tal jurisdicción administrativa especial, de un modo inorgánico, incompleto y que no llena en ningún caso los estándares mínimos de justiciabilidad ante los abusos administrativos.

<sup>11</sup> Ver FERRADA BÓRQUEZ, Juan C. - BORDALÍ SALAMANCA, Andrés - CAZOR ALISTE, Kamel, "El recurso...", cit., 2003, p. 77.

<sup>12</sup> Ver VERGARA BLANCO, Alejandro, "La propietarización de los derechos", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. 14, 1992, ps. 281/291.

3) Cabe esperar que este fenómeno de desorden jurisprudencial que se ha asentado en las Cortes chilenas se mantenga incólume e impune una buena parte de la acción administrativa arbitraria hasta que no se establezca en Chile una justicia administrativa de general y supletoria aplicación.

## V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ACEVEDO, N. Erick, *La toma de razón y el recurso de protección*, Tesis Universidad Central, Santiago, 1996.
- AMENGUAL MARTIN, Andrés, *Análisis jurisprudencial entre 1993 y 1997 en torno a la procedencia de la acción cautelar de protección*, Tesis Universidad Católica de Valparaíso, 1999.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Sobre el recurso de protección y la representación del contralor", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, 1993, p. 745.
- ÁVILA HERNÁNDEZ, Paulo, *Recurso de protección e invalidación del acto administrativo: jurisprudencia*, Tesis Universidad Central, Santiago, 2002.
- BAÑADOS, Felipe, "¿Constituye el recurso de protección la vía más adecuada para proteger y promover el medio ambiente?", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 85, año 1988, p. 125.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: examen de quince años de jurisprudencia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, nro. 1, enero-marzo 1998, ps. 139/174.
- BRANDI WALSEN, María I., *El recurso de protección en contra de los actos de la Contraloría General de la República*, Tesis Universidad Católica, Santiago, 1992.
- BRUNA CONTRERAS, Guillermo, "Los autoacordados de la Corte Suprema sobre recursos de protección", *Revista Chilena de Derecho*, nro. especial, 1998, ps. 131/135.
- BULNES ALDUNATE, Luz, "El recurso de protección y las atribuciones exclusivas del Senado y la Cámara de Diputados", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, nro. 2, junio-agosto 1989, ps. 199/205.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, *Proyecto de Ley sobre lo Contencioso Administrativo*, 6/5/1992.
- CASTRO POBLETE, Felipe, *El recurso de protección y el cumplimiento forzado de los contratos*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2000.
- CERDA VENNEKOOL, Sandra, *El recurso de protección y las actuaciones de la Contraloría General de la República*, Tesis Universidad Central, Santiago, 1993.
- CORTÍNEZ CASTRO, René, *El recurso de protección en materia contencioso-administrativa: el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987.
- DÍAZ CRUZAT, Andrés, "Esquema del recurso de protección", *Gaceta Jurídica*, nro. 106, 1989, p. 3.
- DOMÍNGUEZ BALMACEDA, Juan P., *El recurso de protección y el derecho de propiedad*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987.
- ECCLEFIELD B. Felipe, *Recurso de protección y medio ambiente: consideraciones en torno a la legitimación*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.
- FACCILONGO FORNO, Rodrigo F., *El recurso de protección en materia ambiental*, Tesis Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1999.

- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, "Recurso de protección contra entes constitucionales autónomos: crítica a una errada interpretación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, nro. 3, junio-septiembre 1998, ps. 657/664.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Á., "Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, nro. 3, julio-septiembre 1999, ps. 761/181.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan C., "El principio del control en la Administración del Estado (El principio del control en la década 1990-2000)", en *La Administración del Estado de Chile, 1990-2000*.
- HERNÁNDEZ GROMELLE, Adriana, *La autotutela privada ilícita en la jurisprudencia de protección 1981-2000*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2003.
- JUNTA DE GOBIERNO (consultor: Pantoja Bauzá, Rolando), *Los tribunales contencioso administrativos. Antecedentes para su estudio*, Santiago, 1982, 440 ps. Es posible encontrar en esta útil recopilación los textos de doctrina, jurisprudencia y proyectos relativos a la materia de todo el siglo XX.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro, *El recurso de protección y el amparo de la función pública en la jurisprudencia*, Tesis Universidad de Chile, Santiago, 1987.
- MENESES FRITIS, Odette, *El recurso de protección y la práctica del principio de inexcusabilidad de los tribunales ordinarios de justicia*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- MOHOR ABUAD, Salvador, "El recurso de protección", *Gaceta Jurídica*, nro. 44, 1984, p. 8.
- MOHOR ABUAD, Salvador - VARAS, Paulino, "Documentos oficiales y cronología del autoacordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección dictado por la Corte Suprema el 27/6/1992", *Gaceta Jurídica*, nro. 149, 1992, p. 7.
- MONTERO RODRÍGUEZ, Osvaldo E., *Recurso de protección: una forma de control de la administración, análisis jurisprudencial*, Universidad de Concepción, Concepción, 2002.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, nro. 02 y 03, 1993, ps. 595/601.
- OELOCKERS C., Osvaldo - PIERRY A., Pedro - PITTO D., Hernán - DANIEL A., Manuel, "Lo Contencioso Administrativo", *Jornadas sobre lo Contencioso Administrativo Escuela de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, noviembre 1975, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- OLAVE ALARCÓN, Cristián M., *Recurso de protección: derechos emanados de contratos, derechos emanados de actos administrativos, derechos de funcionarios públicos, derechos previsionales, otros derechos*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996.
- ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo, *El recurso de protección y las resoluciones judiciales*, Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 1994.
- PAILLÁS, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado: una acción en busca de una justicia rápida*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- PFEFFER U., Emilio, "Recurso de protección entre comuneros", *Gaceta Jurídica*, nro. 35, 1983, p. 19.
- PINTO BASAURE, Ignacio, *Recurso de protección y municipalidades: un análisis de jurisprudencia*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "El recurso de protección y sus innovaciones procesales", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, nros. 2 y 3, 1993, ps. 453/466.

- SAAVEDRA NAVARRETE, Jaime, *De la vigencia del auto acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales*, Tesis Universidad de Concepción, Concepción, 1985.
- SAENGER GIANONI, Fernando, "La lenta agonía del recurso de protección", *Revista Chilena de Derecho*, nro. especial, 1998, ps. 259/271.
- SALAS V., Julio, "El recurso de protección y las decisiones judiciales. Comentario de jurisprudencia", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, nro. 187, 1990, p. 93.
- SALAS V., Julio - OBERG, Héctor, "Naturaleza jurídica del recurso de protección y del autoacordado que lo reglamenta", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, nro. 179, 1986, p. 55.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. El control público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos", *Revista de derecho público*, nro. 43-44, enero-diciembre 1988.
- "Diez años del recurso de protección (1976-1986). Una revolución silenciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 83, nro. 3, 1986, p. 157.
  - "El recurso de protección. Aspectos fundamentales", *Revista Chilena de Derecho*, vol. XI, 1984, ps. 365/372.
  - "Recurso de protección y tribunal competente. ¿Cuál es la Corte de Apelaciones respectiva?", *Revista de derecho público*, 37/38, 1985, p. 187.
  - *El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre*, Apuntes de la cátedra de Derecho Constitucional II, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.
  - *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- SOTOMAYOR NIETO, Manuel, *Estudio sobre la procedencia del recurso de protección contra resoluciones judiciales*, Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2000.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "Recurso de protección: en busca del alcance perdido", *Gaceta Jurídica*, nro. 54, 1984, p. 44.
- URRUTIA C., Ignacio, *Recurso de protección en contra de los actos administrativos dictados en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental*, Tesis Universidad Católica, Santiago, 2003.
- URZÚA MARTÍNEZ, Rodrigo, *El recurso de protección frente a la jurisprudencia*, Tesis Universidad Católica, Santiago, 1987.
- VERDUGO JOHNSTON, Pamela, *El recurso de protección en la jurisprudencia*, Ediar-Conosur, Santiago, 1988.
- *Jurisprudencia sobre el recurso de protección: 1981-1987*, Tesis Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1987.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, "La propietarización de los derechos", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. 14, 1992, ps. 281/291.
- "Sobre el plazo para interponer el recurso de protección", *Gaceta Jurídica*, Santiago, 1992, ps. 7/10.
- ZÚÑIGA V., Francisco, "Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX", *Gaceta Jurídica*, nro. 198, 1996, p. 7.