

# El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis (Parte 1)\*

Alejandro Vergara Blanco, Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Se ofrece en este trabajo un sencillo análisis crítico de la situación de la jurisdicción contencioso-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 el trabajo algunas conclusiones.

Introducción: Sistemas comparados de contencioso-administrativo

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

**1. Definición.** El contencioso-administrativo cabe definirlo 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, de obligar a respetar la regla de derecho (contencioso de anulación) y de 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. Estos son elementos difíciles de conciliar, y los sistemas de control jurisdiccional son diferentes según los países y ninguno es perfecto. Existe 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 cuasidelictual los conoce el juez judicial. La ventaja es que la repartición de competencias entre los dos órdenes 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 quizá 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.

I. 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 contencioso-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.

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; 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 contencioso-administrativa. Todo parecía indicar que esta vez los tribunales especiales administrativos no quedarían sólo en el texto desnudo de la CP, sino que serían creados. Pero ello no ocurrió así...

c) En 1989, mediante plebiscito, la CP 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. Sinó 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>.

Este 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 iritantes, 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 (TC) como a la Corte Suprema (CS) reunida en Pleno:

(i) El TC 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 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.

(ii) La CS 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 TC ejerce la función de jurisdicción contencioso-administrativa al resolver la constitucionalidad de los decretos y reglamentos (art. 82 N°s. 3, 5, 6 y 12 CP).

(ii) Los tribunales ordinarios que integran el poder judicial ejercen la plenitud de la jurisdicción contencioso-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 estas 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\*.

(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 dentro 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 hábeas 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 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 provi-



Alejandro Vergara Blanco

dencias 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: 1º no constituye esencialmente un control de constitucionalidad como el que ejerce el TC; y 2º 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, ha devenido, según veremos, en un sustituto del orden jurisdiccional administrativo, ante la ausencia de un adecuado orden administrativo especializado.

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

II. 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: que se debe recurrir ante el Poder Judicial respecto de las causas contra actos de la

Administración. Pero ello envuelve nuevos inconvenientes, 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.

\* Atendida la extensión de este artículo su publicación se hará en dos ediciones, siendo ésta la primera de ellas.

1 Este trabajo 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 de 2004). Aparecerá publicado en las Actas de ese encuentro.

2 Una perspectiva comparada, vid. en: LEBASQUIER, Jeanne, *Le contentieux administratif en droit comparé* (Paris, Economica, 2001) 108 pp., que seguimos en el esquema. Respecto de España: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas, 2004), tomo 2; SANDRAMBA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999) vol. II, pp. 615ss. Respecto de Francia: CHAPUIS, René, *Droit du contentieux administratif* (Paris, Montchrestien, 1993, 4a. edición) 1045 pp.

3 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.

4 Cf.: LEBASQUIER, cit., p. 5.

5 Vid. Soto Kloss, *Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), t. 1, p. 357; y SILVA CUMMA, *Derecho Administrativo chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), p. 192.

6 Vid. Soto Kloss, *El recurso de protección* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), p. 397 ss.; SILVA CUMMA, *Derecho administrativo*, cit., 1994, p. 193.

7 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, vid.: VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004) pp. 34-41; y EL MISMO, "El contencioso-administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del 'Panel de Expertos'", en: *Actas de las Primeras Jornadas de Derecho Administrativo*, Valdivia, noviembre de 2004, en prensa.