

El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis (Parte 2)*

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

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 jurisprudencial¹.

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 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 jurisprudencia².

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.

3/ 5. 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 artículo 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 una jurisdicción doble:

a) por una parte, sigue respondiendo al molde primigenio de la CP, como amparo de garantías constitucionales de contenido patrimonial, 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.

4/ 6. 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 la 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 so-



Alejandro Vergara Blanco

lución 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 jurisdicción³, 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 Nº 3 CP.

Dado lo escueto del texto que lo consagra en la CP (art. 20), cabe una intervención legal, pues los auto-acordados de la CS 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 generales⁴.

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 CP), se ha llegado a un verdadero anulatorio de actos (recurso de excés 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 CP), 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 zigzagueo 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 aún, de la "propietarización" de los derechos⁵ 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.

CONCLUSIONES:

1º 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.

2º 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.

3º 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. ■

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

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Acevedo N. Erick, *La toma de razón y el recurso de protección*. Tesis Universidad Central, Santiago, 1996.
- Amengual Martín, 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" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, año 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?", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 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" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 Nº 1 (enero-marzo de 1998), pp. 139 - 174.
- Brandt Walsen, María Isabel, *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 recurso de protección". *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 131-135.
- Bulnes Aldunate, Luz, "El recurso de protección y las atribuciones exclusivas del Senado y la Cámara de Diputados", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 Nº 2 (junio-agosto de 1989), pp. 199 - 205.
- Cámara de Diputados de Chile, *Proyecto de Ley sobre lo Contencioso Administrativo*, 6 de mayo de 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 medio ambiente libre de contaminación*. Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987.
- Cruzat, Andrés, "Esquema del recurso de protección". *Gaceta Jurídica* Nº 106, año 1989, p. 3.
- Domínguez Balmaceda, Juan Pablo, *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.
- Facillongo Forno, Rodrigo Fernando, "El recurso de protección en materia ambiental". Tesis Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1999.
- Fernando Vohringer, Arturo, "Recurso de protección contra entes constitucionales autónomos: crítica a una errada interpretación". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 Nº 3 (junio-septiembre 1998) pp. 657-664.
- Fernández González, Miguel Ángel, "Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 Nº 3 (julio-septiembre 1999), pp. 761-181.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos, "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: Rolando Pantoja Bauzá), *Los Tribunales Contencioso Administrativos. Antecedentes para su estudio* (Santiago, 1982) 440 pp. 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, Chile, 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, Chile, 2003.
- Mohor Abuauad, Salvador y Varas, Paulino: "Documentos oficiales y cronología del autoacordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección dictado por la Corte Suprema el 27 de junio de 1992" en *Gaceta Jurídica* Nº 149, año 1992, p. 7.
- Mohor Abuauad, Salvador, "El recurso de protección", en *Gaceta Jurídica* Nº 44, año 1984, p. 8.
- Montero Rodríguez, Osvaldo Enrique, *Recurso de protección: una forma de control de la administración, análisis jurisprudencial*. Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 2002.
- Navarro Beltrán, Enrique, "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, Nº 02 y 03 (1993), pp. 595-601.
- Oelckers C., Osvaldo; Pierry A., Pedro; Pitto D., Hernán; Daniel A., Manuel. "Lo Contencioso Administrativo", en: *Jornadas sobre lo Contencioso Administrativo* Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, noviembre de 1975 (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1975).
- Olave Alarcón, Cristián Manuel, *Recurso de protección: derechos emanados de contratos, derechos emanados de actos administrativos, derechos de funcionarios públicos, derechos previsionales, otros derechos* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1996).
- Ortúzar Latapiat, Waldo, *El recurso de protección y las resoluciones judiciales*. Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 1994.
- Pallás, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado: una acción en busca de una justicia rápida* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).
- Pfeffer U., Emilio, "Recurso de protección entre comuneros", *Gaceta Jurídica* Nº 35, 1983, p. 19.
- Pinto Basaura, Ignacio, *Recurso de protección y municipalidades: un análisis de jurisprudencia*. Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, año 1998.
- Ríos Álvarez, Lautaro, "El recurso de protección y sus innovaciones procesales" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 Nºs. 2 y 3 (1993), pp. 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, Chile, 1985.
- Saenger Gianoni, Fernando, "La lenta agonía del recurso de protección" en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 259-271.
- Salas V., Julio y Oberg, Héctor: "Naturaleza jurídica del recurso de protección y del Autoacordado que lo reglamenta", en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Nº 179, 1986, p. 55.
- Salas V., Julio, "El recurso de protección y las decisiones judiciales. Comentario de jurisprudencia", en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Nº 187, 1990, p. 93.
- 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", en: *Revista de Derecho Público*, Nºs 43-44, enero-diciembre de 1988.
- Soto Kloss, Eduardo, "Diez años del recurso de protección (1976-1986). Una revolución silenciosa", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83 Nº 3, 1986, p. 157.
- Soto Kloss, Eduardo, "El recurso de protección. Aspectos fundamentales" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI, año 1984, pp. 365-372.
- Soto Kloss, Eduardo, "Recurso de protección y tribunal competente. ¿Cuál es la Corte de Apelaciones respectiva?", en: *Revista de Derecho Público*, 37 / 38, 1985, p. 187.
- Soto Kloss, Eduardo, *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.
- Soto Kloss, Eduardo, *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", en: *Gaceta Jurídica* Nº 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, Chile, 2003.
- Urzúa Martínez, Rodrigo, *El recurso de protección frente a la jurisprudencia*. Tesis Universidad Católica, Santiago, Chile, 1987.
- Verdugo Johnston, El recurso de protección en la jurisprudencia. Editorial Jurídica Edlar - ConoSur, Santiago, Chile, 1988.
- Verdugo Johnston, Pamela, *Jurisprudencia sobre el recurso de protección: 1981-1987*. Tesis Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1987.
- Vergara Blanco, Alejandro: "La propietarioización de los derechos", en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), vol. 14, (1992), pp. 281-291.
- Vergara Blanco, Alejandro: "Sobre el plazo para interponer el recurso de protección", en: *Gaceta Jurídica* (Santiago, 1992) pp. 7-10.
- Zúñiga V., Francisco, "Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX", en: *Gaceta Jurídica* Nº 198, 1996, p. 7.

1 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) 285 pp., con una exhaustiva bibliografía.

2 Vid.: CORDERO VEGA, Luis, *La responsabilidad de la administración del Estado* (Santiago, LexisNexis, 2003) 202 pp.; 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) pp. 107-135; y, SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del estado administrador* (Santiago, LexisNexis, 2005); y, VERGARA BLANCO, Alejandro, prefacio a SANHUEZA, *Teoría*, cit.

3 Cfr.: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALU SALLAMANCA, Andrés; CAZOR AUSTE, Kamel. "El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en: *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. XIV, Julio 2003, p. 74.

4 Vid. FERRADA, BORDALU y CAZOR, cit., 2003, p. 77

5 Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, "La propietarioización de los derechos", en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), vol. 14, (1992), pp. 281-291.