Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 202
AÑO LXV
JULIO - DICIEMBRE 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

RECURSO DE PROTECCION Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA
Profesor Universidad de Chile

I. RECURSO DE PROTECCION

1. El recurso de protección como acción de tutela

El recurso de protección es una acción que incoa un proceso, de amparo constitucional, de naturaleza cautelar, extraordinario y sumarísimo, de tutela de derechos fundamentales frente a toda conculcación antijurídica (acción u omisión ilegal o arbitraria). Esta garantía jurisdiccional de "tutela diferenciada"[1] de derechos fundamentales ante la judicatura ordinaria, no es una creación ex novo del constituyente de 1980 o del Acta Constitucional Nº 3, sino que emparenta con un homónimo: el recurso de protección de garantías individuales que existió en Chile hasta 1875, fecha en que se promulga la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, y por cierto emparenta con la acción de amparo de gran tradición en América (México, Venezuela, Costa Rica, Argentina y en Brasil); sea como creación constitucional (la "fórmula Otero" en México desde 1848) o jurisprudencial (Argentina, a través de las sentencias de la Corte Suprema en los casos de Angel Siri de 1957 y de Samuel Kot S.R.L. en 1958)[2].

En términos conceptuales, el recurso de protección es una acción que pone en movimiento un proceso de amparo constitucional de naturaleza

[1] Capelletti, Mauro: *Proceso ideologías, sociedad*, EJEA, Buenos Aires, 1974, págs. 520 y siguientes.

[2] Linares Quintana, Segundo: *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad de Brasil*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

Idem: Sobre antecedentes del amparo en Chile, Francisco Zúñiga U.: "Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX", *Gaceta Jurídica* Nº 198,1996, págs. 7-14.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cautelar principal de derechos fundamentales; en que la tutela diferenciada deriva de la naturaleza de los derechos públicos subjetivos con reconocimiento constitucional y del tipo de garantía procesal o jurisdiccional, consagrada para su tutela especial. La técnica de los derechos públicos subjetivos (Jellinek) confiere un poder jurídico a las personas con un contenido jurídico subjetivo específico frente al Estado y los poderes sociales, que desde una posición de poder lesionan derechos subjetivos, lo que exige de garantías extraordinarias, sin perjuicio remedios ordinarios de tutela jurídica[3].

En atención a la naturaleza cautelar de la función jurisdiccional expresada en el proceso de amparo constitucional de derechos, que aunque se discute como categoría autónoma ("proceso cautelar"), existe un amplio acuerdo en doctrina italiana y de lengua española en identificarla como un momento de la jurisdicción que se expresa diferenciada en sus caracteres a los procesos de declaración o cognición y de ejecución[4].

Los presupuestos del "proceso cautelar" son: la existencia de un derecho indubitado o probable, es decir, teñido de verosimilitud, que se expresa en el aforismo latino *fumus boni iuris* (humo de buen derecho), el peligro de un daño jurídico que requiere de una providencia urgente de corrección, que se expresa en el aforismo latino *periculum in mora*, agregándose la fuerza y la pendencia del proceso principal[5].

En razón de lo expuesto, la mayoría de la doctrina procesalista italiana (Chiovenda, Liebman, Carnelutti) distinguió entre "proceso definitivo", que "sirve inmediatamente a la composición de la *litis* o para el desenvolvimiento del negocio..." y "proceso cautelar", es decir, aquel que "en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)"[6]. Así, es una *opinio comunis* de la doctrina procesal itálica y hispánica señalar como notas características de la cautela, las siguientes: instrumental, temporalidad y anticipación de la ejecución[7].

[3] Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, (trad. E. Garzón V. y R. Zimmerling), Edit. CEC, Madrid, 1993, págs. 173-266.

[4] González, Jesús: *Derecho procesal constitucional*. Edit. Civitas S.A., Madrid, 1980.

[5] Calamandrei, Piero: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería El Foro S.A., Buenos Aires, 1996, págs. 40 y ss. Idem: Hugo Pereira A.: *Curso de Derecho Procesal*. Tomo I, págs. 118 y ss.; idem "Embargo y cautela en el proceso civil chileno", *Gaceta Jurídica* Nº 157, 1995, págs. 7-25 y Raúl Tavolari O: "Protección constitucional y cautela judicial", *Gaceta Jurídica* Nº 148, 1992, págs. 7 -29.

[6] Carnelutti, F.: *Instituciones del proceso civil*, EJEA, 3 vol., Bs. As. 1973, Tomo I, pág. 86.

[7] Ramos, Francisco: *Derecho procesal civil*, Librería Bosch, Barcelona, 2 Tomos, 1986, Tomo 2, pág. 949.

Idem: Carmen Chinchilla Marín: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Edit, Civitas S.A. -Servicios Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1991, págs. 32 y ss. Esta autora consigna como características de las medidas cautelares: instrumentalidad, provisionalidad, urgencia, funcionalidad de las medidas cautelares y homogeneidad con las medidas ejecutivas y jurisdiccionalidad.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta manera, el recurso de protección integrante de nuestra jurisdicción Constitucional configura una acción-proceso de naturaleza cautelar, pero autónoma, no instrumental o accesoria a un proceso de declaración o ejecución definitivo. Tales caracteres de autonomía y principal son propios de todo proceso de amparo constitucional, categoría en la que también corresponde integrar al recurso de amparo y al recurso de amparo económico. Este último recurso de amparo económico, con muchas matizaciones, puede ser caracterizado como proceso cautelar, aunque la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores y cierta doctrina lo asimilan a una acción de tutela en proceso cautelar análoga al recurso de protección, lo que a nuestro juicio es teóricamente de difícil justificación[8].

De esta suerte, nuestra garantía de amparo, el recurso de protección, tiene como méritos procesales los siguientes: un procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio[9]. Tales méritos o caracteres del recurso de protección se incardinan en la noción misma de "proceso" y de "proceso cautelar", ya que estos conceptos designan instrumentos de tutela de derechos[10] en concreto la "tutela diferenciada" de derechos fundamentales (Cappelletti), que tiene su razón de ser última en el resguardo de la libertad constitucional en un Estado de derecho[11].

Para cerrar esta precisión conceptual, sólo cabe agregar que la analogía del recurso de protección y del recurso de amparo es completa, ya que se trata de una acción-proceso que expresa una función de jurisdicción constitucional, que "...instaura un proceso autónomo de naturaleza pública, por forma y por contenido; tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden jurídico perturbado o amenazado; se dirige a impugnar actos u omisiones arbitrarios o ilegales que lesionen derechos fundamentales expresamente previstos en la norma constitucional, sea que emanen de autoridades o de simples particulares; deja a salvo los demás derechos que el perjudicado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes; los tribunales llamados a conocer de esta acción deben adoptar todas las medidas conducentes para la protección del afec-

[8] Evans de la Cuadra, Enrique: "Acciones cautelares de la libertad económica". *Temas de Derecho*, año XI, 1y 2,1996, págs. 49-61.

[9] Ríos Alvarez, Lautaro: "El recurso de protección y sus innovaciones procesales", *Gaceta Jurídica* N° 171, 1994, págs. 7 - 25.

[10] Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1957, págs. 148 y ss.

[11] Linares Quintana, S.: *Acción de Amparo*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, págs. 21-37, 67-71, Idem Rafael Bielsa: *La protección constitucional y el Recurso Extraordinario*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1958, págs. 265-304.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tado; y el titular de ella pueden ser personas que carezcan de entidad jurídica, atendido los vocablos en el que "con que se inicia el precepto citado (art. 20)"[12].

2. Cosa juzgada formal en proceso cautelar

De lo expuesto podemos colegir que la *sentencia recaída en un recurso de protección sólo goza de autoridad de cosa juzgada formal* (artículo 158, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil y Nº 5 del Auto Acordado de Tramitación del recurso de 1992), dado que el *decisum* es "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" (art. 20 de la Constitución Política de la República). En cuanto a la cosa juzgada, éste es un concepto capital del Derecho Procesal que designa aquella "propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificados, en ningún caso, por actos de la misma especie o lo son bajo determinadas circunstancias, nada más"[13] o lo que es lo mismo "...la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla"[14].

Ahora bien, la cosa juzgada tiene una *función negativa* que se traduce en el aforismo *non bis in idem*, es decir, la preclusión de un ulterior juicio sobre el mismo objeto o litigio, reflejo del efecto consuntivo, de raíz romana de la *litis contestatio*; es decir, se configura como excepción, y *función positiva* consistente en la vinculación en los jueces respecto de un fallo futuro[15].

De esta manera, la cosa juzgada admite el distingo de formal y material. *La cosa juzgada formal* es el efecto de ciertos actos jurisdiccionales (sentencias definitivas e interlocutorias), coincide con la preclusión de las impugnaciones contra la misma (F. Ramos); el tránsito de la *res iudicium reducta* a la "*res iudicata*". De suerte que la cosa juzgada formal es el presupuesto necesario de la cosa juzgada material que añade a la inimpugnabilidad, la nota capital de "inmutabilidad" (E.J. Couture). "De ello cabe deducir –señala el ilustre procesalista español V. Fairén Guillén– que la cosa juzgada formal se refiere al interior del proceso (de un proceso determinado) y la cosa juzgada material se refiere a las relaciones de ese proceso ya resuelto, de vincular a otro proceso en curso, efecto exterior al primer proceso"[16].

Luego, no nos cabe duda que el efecto de la sentencia en sede de recurso de protección es la autoridad de *cosa juzgada formal*, dado que teórica-

[12] Pereira Anabalón, H.: Ob. cit., pág. 355; idem R. Tavolari O.: *Recurso de Amparo. Habeas Corpus*, Edit. Jurídica, Santiago,1995.

[13] Merkl, Adolf: *Teoría General del Derecho Administrativo*, Edit. Revista de Derecho Privado, 1935, pág. 263.

[14] Couture: Ob. cit., pág. 401.

[15] Ramos, F.: Ob. cit., pág. 679, idem Hugo Pereira A.: *La cosa juzgada formal en el Procedimiento Civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1954, págs. 79-84, págs. 161 y 55.

[16] Fairén Guillén, V.: *Doctrina general del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona 1990, págs. 515-516.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mente el fallador debe restablecer el *status quo*, el imperio del derecho subjetivo lesionado, dejando a salvo las cuestiones de lato conocimiento que pudieran suscitarse en el recurso, y que se ventilarán en sede de juicio ordinario o juicios especiales, o de recursos administrativos, si los hubiere.

La cautela de los derechos fundamentales es instrumental y provisional, para salvar la emergencia dañosa (*periculum in mora*) que afecte un derecho fuerte en apariencia o probable (*fumus boni iuris*).

En este punto cabe hacer notar nuestra diferencia de opinión con las tesis expuestas por el administrativista Eduardo Soto K., quien recurre a un artificioso distingo para analizar la cosa juzgada formal y material: "1. Si se acoge el R.P. (recurso de protección) pensamos que debe verse si se trata de un R.P. en que el origen del agravio es un acto u omisión de la Administración o de un particular". De esta suerte, si se acoge el R.P. por un acto de la Administración y el Tribunal restablece el imperio del derecho, la nulidad del acto, en la forma ritual "dejar sin efecto", tendría autoridad de cosa juzgada material, dado que la nulidad no podría ser discutida en otro proceso. Si se trata de una omisión antijurídica de la Administración, el administrativista E. Soto señala que la orden actuar y del modo que la ley señale no podría ventilarse en otro proceso. En cambio si se acoge el R.P. por acción u omisión antijurídica de otro particular, la sentencia persigue mantener el *statu quo* vigente y proteger la aparencia de derechos, por lo que su autoridad sería de cosa juzgada formal Por otra parte, para el autor comentado en la sentencia de protección que rechaza la pretensión del recurrente debe hacerse un nuevo distingo. En primer lugar, si el agravio proviene de la Administración, la sentencia tendría autoridad de cosa juzgada material, dado que es óbice para impugnar por otra vía la antijuridicidad del acto, generando triple identidad de partes, objeto pedido y causa de pedir; pero no produce dicha cosa juzgada respecto de las causas o juicios donde se ventile el mismo asunto en juicio de lato conocimiento. En segundo lugar, si el agravio proviene de un particular, la sentencia desestimatoria del recurso no produciría autoridad de cosa juzgada material, dado que persisten las "otras acciones" a ventilarse en los tribunales ordinarios según procedimiento de lato conocimiento[17]. De cierta forma, si aceptáramos la cosa juzgada material en la sentencia que acoge la impugnación de un acto u omisión antijurídica de la Administración, este efecto material es demostración elocuente de la "perversión" y "elefantiasis" del recurso de protección, que se erige en sucedáneo del contencioso administrativo.

Para concluir, en este apartado es menester destacar que el análisis de cierta jurisprudencia en sede de protección tiene una dificultad axial; el sentenciador en su *decisum*, en algunos casos incursiona en cuestiones de lato conocimiento. Nuestra doctrina en materia de sentencia en sede de protección, o sostiene la naturaleza cautelar del proceso y el efecto de cosa juzgada formal de la sentencia (L. Ríos A., H. Pereira A., R. Tavolari O.), o niega tal carácter y mati-

[17] Soto Kloss, Eduardo: *El Recurso de Protección*. Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1982.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

za en relación al efecto de cosa juzgada (E. Soto) o simplemente es vacilante[18]. Pero nuestra jurisprudencia de manera consistente se ha pronunciado por la naturaleza cautelar de la acción-proceso y el efecto de cosa juzgada formal de la sentencia (Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de abril de 1981, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXVIII, N° 2, sección quinta, págs. 126-132; Sentencia I. Corte de Santiago de 10 de diciembre de 1990, en *Gaceta Jurídica* N° 126, pág. 51 y Sentencia de Excma. Corte Suprema de 24 de enero de 1991, en *Gaceta Jurídica* N° 127, pág. 20).

Por su especial valor se reproducen los fundamentos 9° y 10 de la Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de 21 de abril de 1981: 9° "Que la cosa juzgada excluye, como ya se ha dicho, todo posible debate y decisión sobre aquello mismo que ha sido resuelto jurisdiccionalmente". Según las palabras de Chiovenda ella impide "no sólo una resolución contraria a la precedente, sino simplemente una nueva resolución sobre lo que ya ha sido juzgado" (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Pág. 447) y tal opinión es compartida por la mayoría de los autores modernos de derecho procesal. Ugo Rocco destaca que "los órganos jurisdiccionales no sólo tienen la facultad o potestad de no juzgar, cuando ya han juzgado una vez, sino que también la obligación jurídica de no juzgar una cuestión que ya haya sido objeto de un juicio anterior entre los mismos sujetos" y de aquí deriva una "prohibición a los órganos jurisdiccionales de prestar su actividad jurisdiccional de cognición cuando hayan desplegado ya una vez y agotado esa misma actividad" (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, págs. 335 y 336). Jaime Guasp, por su parte, y dentro de su concepción del proceso como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, sostiene que una vez que una pretensión ha sido satisfecha, en uno u otro sentido, por el poder jurisdiccional –lo que ocurre cuando ella ha sido recogida, examinada y resuelta por el órgano competente– no hay por qué ocuparse nuevamente de ella, pues la reproducción del litigio en tal hipótesis carecería, en realidad, de causa jurídica que la justificase, concluyendo que "la pretensión que ha sido examinada en cuanto al fondo, por el órgano jurisdiccional, está ya, *eo ipso* satisfecha y no hay razón para que, interpuesta nuevamente, tenga que ser recogida, examinada y resuelta otra vez (*Derecho Procesal Civil*, Tomo I, pág. 556); 10° "Que considerada de este modo, la *cosa juzgada* como un efecto vinculante para los futuros jueces, derivado de una sentencia que se ha hecho indiscutible e inmutable, no existen razones valederas para privar de tal efecto procesal a los fallos dictados en recursos de protección como el presente. Por el contrario, el artículo 20 de la Constitución Política de 1980 al establecer el recurso de protección sienta, implícitamente, el principio de la cosa juzgada respecto a esta acción al expresar que su ejercicio es 'sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes', o sea, en otras palabras, deducida y resuelta una acción de protección lo único que subsistirá serán otras acciones o derechos que pudieran corresponder

[18] Paillás, Enrique: *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Edit. Jurídica, 1990, págs. 74 y ss. y 89-91.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

al recurrente, pero no le asistirá el derecho de repetir o renovar nuevamente un recurso de protección que, como sucede en este caso, ya fue debatido y fallado con anterioridad".

Otro fallo atingente a la materia, de reciente y de sólida factura de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de diciembre de 1996, señala: "2) Que si bien la *cosa juzgada* es un concepto unitario, la doctrina y los tratadistas admiten diversas clasificaciones, interesando la que distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada substancial. La primera es aquella que produce efectos dentro del proceso en que se dictó, mas no fuera de él. En otras palabras, sólo hay inimpugnabilidad de una decisión judicial firme dentro del proceso en que se dictó, sin perjuicio de poder revisarse lo resuelto en un proceso posterior. La segunda es aquella que produce efectos dentro y fuera del proceso en que se dictó la resolución, además de inimpugnabilidad de la decisión judicial; también hay irrevocabilidad de lo resuelto, que no puede ser modificado o dejado sin efecto en procesos futuros con la sola excepción de las circunstancias que permiten la interposición del recurso de revisión. 3º) Que la acción de protección no tiene por objeto determinar la titularidad del derecho del recurrente, lo que es propio de una acción de lato conocimiento". (*Gaceta Jurídica* Nº 198, 1996, págs. 65 - 68).

Finalmente, la última sentencia comentada se hace cargo de la opinión de los abogados Juan Manuel Errázuriz G. y Jorge Miguel Otero A., que en su Memoria de Prueba: "Aspectos Procesales del Recurso de Protección (pág. 198) dicen: "Esta acción tiene por única finalidad restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al afectado, sin entrar a pronunciarse con carácter inamovible respecto de la titularidad del derecho cuyo ejercicio se ha conculcado. La acción de protección ampara a quien aparece a prima facie como titular de un derecho cuyo ejercicio se priva, perturba o amenaza. Es por ello que el ofensor podrá accionar con posterioridad ante el tribunal competente para que se declare con carácter inamovible la titularidad del derecho que reclama ser dueño o poseedor. En consecuencia, en cuanto a la titularidad del derecho cuyo ejercicio ha sido conculcado, la sentencia de protección sólo *produce cosa juzgada formal*, pero no produce cosa juzgada material, desde el momento en que la titularidad reclamada puede ser objeto, con posterioridad, de un proceso contradictorio y de lato conocimiento".

De esta suerte, si reconocemos en el recurso de protección una acción-proceso de amparo de derecho de naturaleza cautelar, es perfectamente posible afirmar la existencia de cosa juzgada formal en las sentencias dictadas en esta sede.

Del mismo modo, Calamandrei, que niega la existencia de un poder cautelar integrante de la potestad jurisdiccional, como categoría autónoma (*tertium genus*) reconoce que las medidas cautelares producen una autoridad de cosa juzgada peculiar, descartando la idea del fallo condicional (Vassalli) o fallo hipotético (Chiovenda), es decir, el fallo produce una "relación a término", la eficacia de la cual está destinada a cesar ex se en el momento en que entre en vigor la providencia principal. "El fallo cautelar –indica Calamandrei–, como declara-

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar pedida, es en sí definitivo..., pero es temporal la regulación que se constituye a base de tal declaración definitiva. Se podría decir, en suma, que el fallo cautelar es una declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes, para obtener la constitución *ope iudicis* de una regulación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta la emanación del fallo principal" (ob. cit., p. 94).

A fortiori la sentencia recaída en el recurso de protección, en un proceso de amparo constitucional de derechos subjetivos públicos, adquiere autoridad de cosa juzgada formal, ya que se trata de un proceso principal de tutela de derechos, cuyo acto jurisdiccional de término es impugnable en esta sede, pero no empece a las pretensiones declarativas o ejecutivas que podían ventilarse en procedimientos ordinarios.

3. *Ordenes de no innovar y sentencia en recurso de protección*

La prohibición de innovar u orden de no innovar es una típica medida de naturaleza cautelar que en la acción-proceso de amparo constitucional (recurso de protección) se puede adoptar con carácter instrumental y provisional. La orden de no innovar (ONI) se puede diferenciar de la simple suspensión, dado que, como observa J. Escriche, la regla general es que durante la litispendencia ninguno de los litigantes pueda innovar, esto es, hacer mudar de estado o enajenar de modo alguno[19]. La orden de no innovar, no sólo implica un no hacer, sino que afecta al acto causa del agravio o conculcación de derechos impidiendo que produzca sus efectos mientras en sede de protección se resuelve sobre su juridicidad[20]. Para el procesalista R. Tavolari O.: "La divergencia entre la orden de no innovar y suspensión radica (...) en la marcada condición conservativa de la primera y un tinte innovativo, en la segunda, todo lo cual resulta en mayores o menores efectos *ex nunc* y *ex tunc*, diríamos, conforme a los términos tradicionales en nuestro léxico forense, en la posibilidad de producir efectos retroactivos o no. En síntesis, se trata de la mayor o menor amplitud de tales efectos que, en esencia a ambos institutos, cuya condición cautelar es indesmentible, como se desprende de ofrecer ambos las características y modalidades de la cautela jurisdiccional y de regularse por su estatuto" (ob. cit., pág., 23). De la manera expuesta la orden de no innovar puede perfectamente asumir la forma de cautela innovativa, concediéndosele efectos constitutivos, por lo que se anticipa a la sentencia definitiva. Difícilmente, puede aceptarse que la orden de no innovar tenga efecto de cosa juzgada, dado que con la sentencia definitiva firme que restablece el imperio del derecho se agotan sus alcances (pendencia), por lo que sigue siendo reconducida a la cláusula *rebus sic stantibus*.

[19] Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia*, librería de la V. de Ch. Bouret, París, México, 1911, págs. 1191-1192.

[20] Soto Kloss, E.: *El Recurso de Protección*, Edit., Jurídica de Chile, Stgo., 1982, págs. 242 y ss.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La mentada orden de no innovar configura una típica medida cautelar, accesoria al proceso principal de amparo de derechos, cuya finalidad es la anticipación de la tutela mientras dura el proceso y sujeto a sus resultas, ya que el derecho aparente o probable requiere de cautela ante el peligro de daño jurídico, generalmente derivado del retraso de una decisión jurisdiccional definitiva (Calamandrei). De esta suerte, se produce la aparente paradoja de superposición de proceso cautelar: uno principal otro accesorio; con presupuestos procesales comunes, en que la instrumentalidad y provisoriedad de la segunda (orden de no innovar) es completa. En la orden de no innovar la investigación acerca de la apariencia de un derecho es una cognición sumaria que se limita a un "juicio de probabilidades y de verosimilitud" (Calamandrei).

En relación al peligro de que el derecho aparente no sea satisfecho, la cognición sumaria está dirigida a obtener "dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer del daño inherente a la no satisfacción del mismo" (Calamandrei)[21].

II. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Prolegómenos

La dogmática procesal prefiere el término "proceso administrativo" y los iuspublicistas "Justicia Administrativa", términos que adquieren fuerza y autonomía que autoriza a hablar de un Derecho Procesal Administrativo (D.P.A.) en países herederos del régimen administrativo francés o del judicialismo de la "familia jurídica" de Common Law[22].

Sin embargo, el contencioso administrativo en una hipótesis mínima es competencia contencioso-administrativa, es decir, "es pleito contra el poder público, lucha contra la arbitrariedad del que por disponer de la fuerza material (...) es pleito en defensa del derecho subjetivo o del interés legítimo del recurrente, pero lo es además en defensa de la legalidad, de la moralidad administrativa y, por influencia refleja, también en defensa de la moralidad política..."[23]. El contencioso administrativo como conflictos o cuestiones de Derecho material Derecho Administrativo, operando éste como Derecho sustantivo, nos sitúa ante el control judicial de los actos de la Administración, y, por ende, ante la noción de Estado de Derecho. Lo expuesto significa que en un Estado moderno la Ad-

[21] Calamandrei, P.: *Introducción* .... Ob. cit., págs. 77 y ss.

[22] González Pérez, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*, Edit. Temis S.A., Bogotá, 1985, Idem García de Enterría, E. y Fernández, T -R: *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vol, Edit. Civitas S.A., 3ª edic., reimp., 1991-1992, tomo II, págs. 419 y ss.

[23] Bielsa, Rafael: *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Edit. Castellví Santa Fe; 3ra. ed., 1964, pág. XVI.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ministración del Estado genéricamente está dotada de potestades públicas y frente a dicha Administración los administrados están revestidos de un derecho a la tutela judicial de sus derechos subjetivos y situaciones activas, y del derecho objetivo para garantizar el imperio de la legalidad o juridicidad.

De este modo, los actos administrativos caracterizados por ciertos privilegios de la Administración: presunción de legalidad, ejecutividad y obligatoriedad requieren de un control judicial,y sin perjuicio de los controles de legalidad y políticos.

En esta perspectiva el contencioso administrativo es una conquista lentamente aquilatada del Derecho Administrativo del Estado de Derecho, que encuentra su apoteosis en la magnífica jurisprudencia del Consejo del Estado francés[24]. Sin embargo, la "Justicia Administrativa" no es una "cuestión radical de sistema de gobierno" (Bielsa), ya que lo relevante es encontrar un sistema adecuado de tutela. Eso sí debe agregarse, que se encuentra superada la concepción que ve en la actualidad como necesario el juzgamiento de los actos administrativos en la Administración o mejor dicho por órganos administrativos que ejerzan una función jurisdiccional, concepción, por lo demás, anclada en una lectura mecánica del principio de separación de poderes tan caro a la Revolución Francesa. Asimismo,la importancia de la autodefensa o autotutela declarativa y ejecutiva (González Pérez) de la Administración no hace aconsejable una "Justicia Administrativa" del tipo galo, puesto que la autoridad del Consejo de Estado francés no es repetible en otras latitudes.

En razón de lo expuesto, la "Justicia Administrativa" tiene dos significados diversos (Bielsa):

"1º Como conjunto de instituciones cuyo objeto es asegurar la observancia de la ley en la Administración Pública, es decir verificar la conformidad de la acción administrativa con la ley..."

"2º Como función que tiene por objeto aplicar en casos contenciosos las normas positivas administrativas, y como esta función implica un contralor jurisdiccional, se le dice 'justicia de la Administración'".

Refuerza lo expuesto el enunciado de principio: el contencioso administrativo no concierne a la forma política de gobierno, sino es una cuestión de garantías frente a los actos del poder, concierne a la forma jurídico-política del Estado: el Estado de Derecho.

2. *Contencioso administrativo como proceso administrativo*

El proceso administrativo es un concepto que permite introducir una categoría teleológica (proceso) como *iter* de formas para la tutela jurídica al

[24] Alcalá Zamora y Castillo, Nieto: ***Proceso, autocomposición y autodefensa***, UNAM, 3ª ed., México D.F., 1991, págs. 210 y ss.

Idem: Eduardo García de Enterría: ***La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa***, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1994, págs. 192-197.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

campo de los conflictos cuyo derecho material es el Derecho Administrativo; proceso administrativo que además debe sujetarse a la garantía constitucional del debido proceso. Así la "Justicia Administrativa" y el proceso administrativo son el "medio técnico-jurídico con el cual sometemos la actividad de órganos dependientes a la fiscalización de órganos independientes, ofreciendo, así, ocasión para eliminar del acto administrativo aquellos influjos que han podido actuar sobre el mismo perturbadoramente, en virtud de la dependencia jurídica y política de los funcionarios administrativos" (Merkl)[25]. Para el discípulo de Kelsen, el proceso administrativo hace posible el examen de los actos administrativos por una "esfera" que por su constitución, procedimiento e independencia ofrecen una "mayor garantía de juridicidad" que la propia autoridad administrativa.

En este contexto afirmamos en Merkl que la "Justicia Administrativa" es una rama de la justicia, concretada por su relación con la Admistración estatal, y no parte de la Administración. En consecuencia, la "Justicia Administrativa" es una "función ejercida por órganos ejecutivos independientes, esto es, tribunales sobre materias administrativas, más exactamente: para examinar los actos de la Administración" (ob.cit., p. 476). Ciertamente, los conceptos de "Justicia Administrativa" y proceso administrativo son términos diferenciados, siendo posible hablar de este último, en los sistemas "judicialistas", como un concepto a reconstruir dogmáticamente ante la inexistencia de un "proceso administrativo general o común" en nuestro Derecho positivo.

Así, el "contencioso administrativo" o si se prefiere el "proceso administrativo" surge de la naturaleza jurídico-pública de una de las partes (Administración o entes públicos), del derecho material aplicable: sea derecho subjetivo o derecho objetivo con fuente en el Derecho Administrativo y del interés privado-público del negocio sometido al órgano (Merkl, ob., cit. p. 479). Luego, la instalación de un código de lo contencioso administrativo regulador de materia, competencia y procedimientos, de los recursos de plena jurisdicción y de nulidad, y un tribunal administrativo especial, son elementos secundarios o formales para la definición misma de la competencia contencioso-administrativa y para hablar de "Justicia Administrativa" como control judicial. Tales elementos secundarios o formales tienen importancia para caracterizar la autonomía relativa del proceso administrativo y dotar de sistemática al Derecho Procesal Administrativo[26].

El manejo de esta hipótesis mínima no sólo responde al juicio descriptivo de nuestro fragmentario y "judicialista" contencioso administrativo, sino en órdenes jurídicas con un contencioso anómalo pero eficiente como el norteamericano que utiliza vías ordinarias como el *wirt of injuction* y *wirt of mandamus* de tribunales federales, para corregir los privilegios de los actos de la Administración.

[25] Merkl, A.: Ob. cit., págs. 472 y ss.

[26] González Pérez, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo*, 3 vol., Edit. IEP, Madrid, 2ª ed., 1964; idem Humberto Briseño Sierra: *El Proceso Administrativo en Iberoamérica*, Edit. UNAM, México D.F., 1968.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En cuanto a los tipos de acciones en el contencioso administrativo, una clasificación tradicional es formulada por Laferrière que se basa en los poderes o facultades del juez administrativo: contencioso de anulación, contencioso de plena jurisdicción, contencioso de interpretación y contencioso de represión (*Traité de la jurisdiction administrative*, 10 ed., Paris, 1896). Por otra parte, en relación a la naturaleza del negocio y pretensión, Duguit nos refiere a dos tipos de contencioso: *jurisdicción objetiva* cuando la cuestión planteada es una cuestión de derecho objetivo y la *jurisdicción subjetiva* cuando el juez es llamado a resolver un asunto concerniente a un derecho subjetivo o a una situación jurídica particular. En el contencioso objetivo se sitúa el recurso de nulidad, y en el contencioso subjetivo, el de contratos e indemnización[27].

Ciertamente Merkl matiza el distingo tradicional en la jurisdicción administrativa: protección del derecho objetivo y protección del derecho subjetivo, al cual subyace una cosmovisión liberal decimonónica, ya que en definitiva la acción es un derecho subjetivo, es la facultad para incoar un proceso de tutela del derecho objetivo. "Tendremos –dice Merkl– un 'sistema de protección del derecho subjetivo' cuando la acción contencioso administrativa no puede ser ejercida más que por aquella parte que se crea lesionada en sus derechos por algún acto administrativo. Se habla de 'sistema de protección del derecho objetivo' cuando se amplía el número de los que pueden ejercitar la acción, es decir, el círculo de personas que revistan el carácter de partes, ya sea que, junto al que es lesionado directamente por el acto administrativo, se admita también algún otro interesado o a la abogacía del Estado, ya sea que se llegue a generalizar el derecho a ejercitar la acción hasta convertirla en una acción popular"[28].

Más modernamente, Auby y Drago clasifican los recursos en:

* *Contencioso de legalidad u objetivo* en el que el juez debe apreciar un acto jurídico o material en relación con una regla de derecho o una norma. En este contencioso los poderes del juez pueden tener el alcance siguiente:

a) Poderes limitados a la declaración sobre la legalidad de un acto administrativo.

b) Poder de declarar la anulación del acto administrativo (recurso de nulidad).

c) Poder de pronunciar la anulación del acto y sustituir la decisión anulada (poderes de plena jurisdicción).

d) Posibilidad de aplicar sanciones con ocasión de la constatación de disconformidad de determinados actos a la regla de derecho (contencioso de represión).

* *Contencioso de los derechos subjetivos* o situaciones activas de los administrados frente a la Administración. Este contencioso de tipo reparatorio

[27] Duguit, León: *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Beltrán, 2ª ed., Madrid, 1921.
[28] Merkl, Adolf: Ob. cit., pág. 493.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

concierne a contratos y responsabilidad de la Administración, en que los poderes del juez son de plena jurisdicción[29].

3. *Contencioso administrativo y recurso de protección*

En nuestro ordenamiento jurídico el contencioso administrativo en su definición mínima se materializa a través de diversos tipos de acciones de naturaleza declarativa y/o de condena, a saber:

– Acción de nulidad administrativa, impropiamente denominada acción de nulidad de Derecho Público, acción declarativa sujeta a proceso civil común, en concreto el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), y más excepcionalmente el juicio sumario (art. 680 y ss.)[30].

– Acción indemnizatoria o reparatoria: acción declarativa condenatoria sujeta al proceso civil común, en concreto el juicio de hacienda del C.P.C. (Idem E. Soto), tratándose de interés fiscal comprometido. Con todo el interés fiscal puede ser pecuniario o jurídico, lo que hace problemática esta vía procesal y por cierto, se excluyen de esta vía los entes personificados.

– Acciones específicas bajo la forma de reclamos o recursos, es decir, medios impugnatorios, subsidiarios o no, de legalidad y/o de tutela de derechos subjetivos públicos. V. gr. contencioso municipal y regional (Leyes Nºs 18.695 y 19.175).

Este contencioso administrativo de estirpe judicialista tuvo un refuerzo significativo en la reforma de 1989 al art. 38 inciso segundo que suprimió la referencia a tribunales administrativos; subsanando una permanente excusa o argumento a favor de las "inmunidades del poder", y además, refuerza los principios de unidad de la jurisdicción, inexcusabilidad y de legalidad del tribunal (arts. 73 y art 19 Nº3 C.P.R.).

En este contexto emerge el recurso de protección como sucedáneo anómalo del contencioso administrativo, cuyos caracteres resume Pierry Arrau, a saber: "Mediante un procedimiento inadecuado, que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto, ni tampoco al propio recurrente que no tiene criterios estables o permanentes en que se fundan su acción, los Tribunales de Justicia proceden a dejar sin efecto los actos del Poder Ejecutivo, a dar órdenes a la Administración, lo que en doctrina es al menos discutible; y en general, a realizar por esta vía el control jurisdiccional de la misma. Como no discutimos que es al Poder Judicial a quien corresponde este control jurisdiccional, aunque debiera hacerlo a través de jueces especializados y con un procedimiento idóneo, nos limitaremos a re-

[29] A.A. V.V.: *Lo Contencioso Administrativo*, Edic. Universitarias de Valparaíso, 1976, Idem: Pedro Pierry A.: "Lo Contencioso Administrativo y el Recurso de Protección", *Revista de Derecho* Nº XIV, 1992.

[30] Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo*, 2 vol, Edit., Jurídica, 1996, Tomo II, págs. 157 y ss.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

saltar dos aspectos en que el recurso de protección ha alterado la relación de los poderes públicos, más allá de lo que un contencioso administrativo podría haberlo hecho"[31]. A mayor abundamiento cita Pierry Arrau el caso de la justiciabilidad de actos políticos vía recurso de protección y la justiciabilidad de actos legislativos, como botones de muestra de este crecimiento o "elefantiasis" de la acción constitucional.

III. CONCLUSIONES

Nos parece prudente en este punto señalar un acuerdo doctrinal con las observaciones críticas del administrativista Pedro Pierry Arrau, pero también un desacuerdo, ya que el sucedáneo anómalo (recurso de protección) es necesario, ante el peligro de las "inmunidades del poder".

Este acuerdo y desacuerdo parciales merecen un breve comentario, a saber:

1. Hemos sostenido que el recurso de protección es una acción que instaura un proceso de tipo cautelar autónomo, extraordinario, unilateral por regla breve y sumario para otorgar tutela a derechos fundamentales conculcados.

2. Se trata de una "tutela diferenciada" (Cappelletti), es decir, el proceso de amparo otorga tutela cautelar extraordinaria y urgente a derechos fundamentales del art. 20 C.P.R., que requieran de esta vía para su restablecimiento en cuanto a la titularidad y ejercicio, amagados por una acción u omisión ilegal o arbitraria (antijurídicas).

3. El recurso de protección en rigor no da lugar a un litigio, es decir, a una *litis* como la del proceso civil, sino un procedimiento cautelar sumario, sin contradictorio por regla, sin pruebas efectivas y sin garantías procesales, dado que restablece el imperio del derecho subjetivo, sin perjuicio de otras acciones y derechos.

4. Luego, el recurso de protección como un remedio procesal anulatorio de actos de la Administración, carece de las garantías procesales de un proceso administrativo declarativo o de lato conocimiento, poniendo a la Administración y al administrado en una situación de desigualdad procesal, que no condice con la garantía del "debido proceso legal" (art. 19, Nº 3, inciso quinto C.P.R.).

5. El recurso de protección produce por regla sentencias con autoridad de cosa juzgada formal, efecto que es desnaturalizado en la dimensión anulatoria del contencioso por el *decisium* de una sentencia de protección referida a un acto administrativo impugnado.

6. Desde un punto de vista de *lege ferenda* parece imperioso para la Administración del Estado y para el administrado contar con un contencioso administrativo en su hipótesis máxima, es decir, con una Justicia Administrativa especializada dentro de la Judicatura, y una ley procesal que defina materia, proce-

[31] Pierry Arrau, Pedro: Ob. cit., pág. 159-160.

Artículo: Recurso de protección y contencioso administrativo
Revista: Nº202, año LXV (Jul-Dic, 1997)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dimiento y medios de impugnación, en el contexto de un proceso administrativo ajustado a la garantía del debido proceso legal.

7. A nuestro juicio, el actual contencioso administrativo es insatisfactorio, sea por la ausencia de un juez especializado, sea por la asimilación del proceso administrativo al proceso civil, específicamente a juicios ordinarios o especiales del C.P.C., que por su lentitud y falta de especialidad judicial merman el derecho a la tutela judicial efectiva.

En suma, es nuestro parecer que mientras no haya un contencioso administrativo máximo el recurso de protección seguirá siendo un sucedáneo anómalo y cómodo para los administrados y comunidad forense, susceptible de críticas, pero necesario frente al peligro de las "inmunidades del poder". A este respecto es atingente evocar a Calamandrei que en su discurso "Proceso y Justicia" (1950) apunta: "Todas las libertades son vanas si no pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado, él mismo, sobre el respeto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única responsable de sí, y por esto inviolable"[32].

[32] Calamandrei, Piero: "Proceso y Justicia" en *Derecho Procesal Civil* (3 vol.), vol III "Estudios de Derecho Procesal Civil" (trad. S. Sentis, Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1973. Tomo III, pág. 220.