

EL RECURSO DE PROTECCION Y LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO *

PEDRO PIERRY ARRAU

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Valparaíso)

I. INTRODUCCION

El principio de la legalidad en todo estado de Derecho se encuentra en directa relación con la libertad individual de los administrados y con el respeto a sus derechos. Estos estarán mejor protegidos en la medida que los particulares dispongan de mejores vías para hacer controlar la observancia de la ley por la administración.

La sola existencia y concreción jurídica de los derechos subjetivos no es suficiente; es indispensable, además, el establecimiento de los medios procesales para hacerlos efectivos. En caso contrario, no pasarán más allá de ser enunciaciones doctrinarias o disposiciones programáticas, cualquiera que sea el régimen social o jurídico de que se trate.

Un sistema administrativo asegurará mejor la libertad en la medida que el derecho al que la administración deba plegarse sea más preciso y más desarrollado y, al mismo tiempo, y, por sobre todo, que el acceso de los administrados a los tribunales encargados de controlarla sea más fácil.

Como se ha señalado, "es la existencia de una Administración Pública controlada por el juez, a fin de com-

* Trabajo presentado en el Seminario de Profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, el 21 de julio de 1977.

probar si su actividad se adecua al derecho, lo que de modo primordial permite afirmar de un Estado el que esté regido por el derecho, que en él se dé el imperio de la ley, que sea un Estado de Derecho”¹.

Lo anterior aparece corroborado por las Actas Constitucionales promulgadas el 11 de septiembre de 1976. En especial, en el considerando décimo del Acta Constitucional N° 3, referente al llamado “recurso de protección”. En él se expresa: “Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales lo constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general, con lo cual el resguardo jurídico no queda sólo limitado al derecho a la libertad personal y al recurso de amparo, sino que se extiende a aquellos derechos cuya naturaleza lo permita”.

Un gran camino ha recorrido nuestro sistema jurídico en lo que a esta materia se refiere, desde el fallo recaído en el juicio “Mario Granja con Fisco”, de 1938², en el que la Corte Suprema estableció que el Estado no era responsable por los perjuicios ocasionados a los particulares, por no serle aplicables las reglas contenidas en el título 25 del Código Civil, y no tener el Estado, según el fallo, más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes. En este fallo se consagró la irresponsabilidad del Estado, a lo cual hay que agregar la tesis jurisprudencial imperante en la época por la cual se sostenía que los actos de la autoridad no podían ser controlados por los tribunales ordinarios de justicia.

Al momento de dictarse el Acta Constitucional que estableció el recurso de protección, la situación en lo referente al control de la administración por el juez ordi-

¹ SOTO KLOSS, EDUARDO, *El control jurisdiccional sobre la administración inglesa*, en RDP. 18 (1975), pp. 109-148.

² “Mario Granja con Fisco”. Corte Suprema, Cas. fondo 11 de octubre de 1938, en RDJ. Tomo XXXVI. Sec. 1ª, p. 277.

nario era ya bastante diferente a la de 1938. Como hemos tenido oportunidad de señalar³, los tribunales son competentes, como regla general, para conocer de todas las materias relacionadas con la Actividad de la Administración, exceptuándose de esta competencia la posibilidad de anular actos o decisiones administrativas ilegales, sin perjuicio de conocer de dicha ilegalidad, con el objeto de declarar derechos en favor de los particulares o de condenar a la indemnización de los perjuicios ocasionados con dicha actividad⁴.

La incompetencia de los tribunales para anular actos administrativos deja, sin embargo, en pie el problema de lo contencioso administrativo y constituye una grave imperfección de nuestro sistema jurídico.

De allí, entonces, que al crearse en el artículo 2 del Acta Constitucional N° 3 el recurso de protección, algunos han pretendido ver en él el establecimiento de lo contencioso administrativo y la definitiva solución a esta omisión que se arrastra desde 1925.

El artículo 2 del Acta Constitucional N° 3 señala:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 1, N° 3, inciso cuarto, 7, 9, 11, 12, 14, 15, inciso primero, 16, 17, 19, inciso final, 20, inciso octavo, 22, inciso primero, y en la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias 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”.

³ Cfr. nuestro artículo *Competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la Actividad Administrativa*, en *RCJ.* 4 (1973), pp. 143-154.

⁴ “Tafra Marusic con Fisco”. Corte Suprema”, Cas. forma y fondo 14 de julio de 1975, en *FM.* 201 (julio de 1975), p. 137. En especial se verá el considerando quinto.

“La Corte Suprema dictará un autoacordado que regule la tramitación de estos recursos”.

El recurso de protección procede contra actos u omisiones que emanan de las autoridades del Estado y contra actos que emanan de los propios particulares, o sea, del sector privado. En este trabajo no se analizará el problema relativo al recurso de protección en contra de actos emanados de los particulares o de instituciones privadas; debiendo, en todo caso, señalarse el problema doctrinario de determinar cuándo se está en presencia de una actividad administrativa o de una actividad emanada de una autoridad administrativa.

En lo que se refiere a las autoridades del Estado, hay que distinguir entre los actos emanados del Poder Legislativo, los que no se abordarán y que en nuestra opinión quedan al margen del recurso de protección; los actos de carácter jurisdiccional o emanados de tribunales ordinarios o especiales, a los que tampoco nos referiremos y sobre los cuales ya existe jurisprudencia en el sentido que tampoco pueden ser objeto del presente recurso⁵, y, en tercer lugar, los actos provenientes de la Administración o de la actividad administrativa del Estado.

Por último, es necesario hacer presente que tampoco se entrará al análisis del problema de la vigencia del recurso de protección, en relación con el Decreto Ley 1.684, de 28 de enero de 1977, que estableció que el recurso de protección es improcedente en las situaciones de emergencia contempladas en el Acta Constitucional número 4 de 1976, o en otras normas constitucionales o legales.

⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de junio de 1977: fallo recaído en el recurso de protección interpuesto por don Raúl Tavolari Oliveros. Confirmado por la Corte Suprema, con fecha 7 de julio de 1977.

II. EL RECURSO DE PROTECCION NO SUSTITUYE A LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En relación con la actividad administrativa es necesario establecer si el recurso de protección constituye o no la solución a lo contencioso administrativo. En otras palabras, si procede contra todos los actos u omisiones ilegales de las autoridades administrativas. En caso negativo, hay que determinar, por su parte, cuál es la extensión de este recurso como medio de control de la Administración.

En lo que respecta al primer punto, a nuestro juicio aparece como evidente que el recurso de protección no ha sido creado para cubrir todo lo contencioso administrativo. En primer lugar, tenemos la propia exposición de motivos del Acta Constitucional N^o 3, en su considerando décimo ya citado, en que se le equipara al recurso de amparo en lo relativo a la libertad personal.

El recurso de protección no podrá jamás sustituir a una futura ley de lo contencioso administrativo, lo que por lo demás no puede haber estado en el ánimo de la comisión encargada del estudio de la nueva Constitución Política. No podrá sustituirla por cuanto el conocimiento de estas materias es un problema técnico de envergadura que no puede ser resuelto positivamente con un procedimiento tan simple. Debemos tener presente que en todos los países del mundo donde existe un contencioso administrativo, éste está dotado de un procedimiento complejo, que contempla diversos recursos y etapas procesales, que conducen a la comprobación por parte del juez de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos. No puede haber estado en el ánimo de la comisión, por cuanto desde hace más de tres años ha estado funcionando paralelamente a ella una subcomisión de lo contencioso administrativo, la que recientemente le ha sometido un anteproyecto sobre la materia ⁶, ⁷.

⁶ En fallo de fecha 29 de junio de 1977, sobre recurso de protección interpuesto por don Carlos Galindo Vera, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en su considerando 1, señaló: "Que el re-

En el futuro, previsiblemente, coexistirán una acción contenciosa administrativa, contemplada en la respectiva ley y un recurso de protección para determinadas situaciones.

Desde otro punto de vista, en relación con el concepto y características del acto administrativo, el principal efecto del principio de la ejecutividad —uno de sus aspectos más sobresalientes en comparación con los actos jurídicos de naturaleza civil— es la presunción de legitimidad que de ellos emana. Los actos de la Administración se presumen legítimos, por lo que si adolecen de algún vicio o ilegalidad, mientras un tribunal no proceda a su anulación, no puede entenderse que no se encuentre vigente el imperio del derecho.

La frase del artículo 2 del Acta Constitucional N° 3 "...podrá ocurrir por si o por cualquiera a su nombre a

curso de protección, dada la redacción del precepto contenido en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3, tiende a salvaguardar, entre otras garantías individuales, la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección amagadas por decisiones administrativas provenientes de funcionarios públicos fuera de la órbita de sus atribuciones, vale decir, por actos u omisiones arbitrarias al estilo de la vía de hecho del régimen francés y por aquellos actos u omisiones de franca ilegalidad, aunque provenientes de la autoridad competente, que priven, perturben o amenacen el ejercicio legítimo de aquellas garantías. Sin embargo, tal recurso no puede transformarse en un dique abierto hacia lo contencioso administrativo, ya que no pareció ser ésa la idea del constituyente; materia que debiera ser abordada en leyes especiales que den forma a una normativa sobre ese aspecto, como lo anuncia reiteradamente el gobierno y algunos decretos leyes recientes". La parte considerativa de este fallo fue eliminada por la Corte Suprema al conocer del recurso de apelación interpuesto en su contra, en sentencia confirmatoria, de fecha 13 de julio de 1977.

En idéntico sentido: considerandos 3 y 4, del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 22 de junio de 1977, recaído en recurso de protección interpuesto por don Alejandro Silva Bascuñán.

⁷ No lo ha entendido así el profesor don EDUARDO SOTO KLOSS, quien presenta a este recurso como la solución de lo contencioso administrativo, en su artículo *Amparo Judicial y Recurso de Protección*, en RDP. 19-20. (1976), pp. 155-189.

la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho”, sólo puede tener sentido frente a aquella actividad de la Administración que no sea posible unir a la presunción de legitimidad de los actos administrativos. O sea, sólo cuando esa presunción sea absolutamente inoperante, por la gravedad del vicio, va a ser necesario restablecer el imperio del derecho, puesto que sólo en ese caso no estaría vigente. La actividad administrativa imposible de amparar con la mencionada presunción es de carácter absolutamente excepcional.

El recurso de protección es un recurso excepcional y como se ha señalado, no cubre todo el inmenso campo del control de la Administración por el juez. Es necesario determinar entonces qué aspecto de la actividad administrativa puede entrar a conocerse por la vía de este recurso o, lo que es lo mismo, cuál es su extensión como medio de control de la Administración.

Para solucionar el problema consideraremos de interés exponer algunos principios establecidos en el derecho comparado, en instituciones semejantes, que, por su gran parecido pueden servir de valioso antecedente para llegar a una solución satisfactoria. Nos referimos muy principalmente a la institución francesa de la “voie de fait”, con la cual presenta tantas similitudes que casi podría pensarse que se trata simplemente de su implantación en Chile en el Acta Constitucional N° 3.

III. LA VIA DE HECHO

La vía de hecho es una de las excepciones a las reglas de repartición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial, que permite a esta última entrar a conocer de la actividad administrativa e incluso darle órdenes precisas a la Administración, lo que normalmente le está vedado al propio juez administrativo.

Hay vía de hecho, de acuerdo al derecho francés, cuando en la realización de una actividad administrativa la

administración comete una irregularidad grosera, atentando contra el derecho de propiedad o las libertades públicas.

Esta institución ha sido la creación de la jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios y del Tribunal de Conflictos, cuyo origen se remonta a la primera mitad del siglo XIX. Los tribunales judiciales ya en esa época comprendieron la importancia de salvaguardar los derechos de los particulares frente a "los tentáculos del Estado que cada día atentaba contra ellos, a través de requisiciones en nombre del interés público y contra la libertad individual en el mismo nombre". Para ello se recurrió al célebre principio de que "los tribunales judiciales son los guardianes naturales de los derechos públicos individuales".

La actuación de la Administración que configura la "vía de hecho" reviste una contravención de tal magnitud a la legalidad vigente que impide totalmente unir el acto o actuación de la autoridad a la aplicación de un texto legal o reglamentario, desnaturalizándose y perdiéndose su carácter administrativo, transformándose de este modo en una "vía de hecho" y siempre que esta ejecución o amenaza de ejecución atente contra el derecho de propiedad o las libertades públicas.

La vía de hecho supone una ilegalidad, pero debe tratarse de una ilegalidad manifiesta en la actuación de la Administración que lleve a desnaturalizar el acto administrativo, o sea, a hacerle perder su carácter de tal. Todo acto u operación administrativa, incluso irregular, no pierde por ese solo hecho su carácter administrativo. En ciertos casos, sin embargo, la irregularidad es tan manifiesta, o de tal gravedad, que el acto no puede unirse a ninguna acción legal o constitucional, ni siquiera por un vínculo discutible.

La regla de la separación de los poderes, tan apreciada para Francia en lo que respecta al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo, deja de ser aplicable en caso de vía de hecho, ya que ésta no puede cubrir actuaciones desprovistas de toda base jurídica, especialmente en razón de su gravedad, al atentar contra el derecho de propiedad y las libertades públicas.

En el derecho francés, el juez ordinario tiene competencia con ocasión de la vía de hecho, para constatarla, hacerla cesar y además reparar sus consecuencias dañinas. Lo anterior implica:

- a) La posibilidad de condenar a la Administración a indemnizar los perjuicios ocasionados. El juez tiene los más amplios poderes para apreciar el daño y su reparación.
- b) En caso de requisiciones o toma de posesión, el juez puede imponer la restitución de la cosa.
- c) Puede ordenar la expulsión de la Administración cuando se instala ilegalmente en propiedades particulares.
- d) Puede aplicar multa como medio de presión contra la Administración y en favor del particular por el tiempo que deje de cumplir la obligación impuesta por el juez.
- e) Puede ordenar la paralización y destrucción de obras.

En síntesis, la Administración se encuentra desprovista de sus prerrogativas frente al juez en caso de vía de hecho. Se encuentra frente a éste como un simple particular.

La teoría de la vía de hecho se ha ido construyendo por la jurisprudencia francesa como una teoría empírica que ha permitido a los tribunales judiciales sancionar ciertos actos gravemente irregulares. Ha sido un medio de estigmatizar determinados actos excesivos de la Administración.

Nosotros ya habíamos escrito en agosto de 1973, con ocasión de una publicación realizada por la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, que en Chile era posible aplicar la teoría de la vía de hecho aceptando la competencia de los Tribunales Ordinarios para constatar, prevenir, hacer cesar y reparar situaciones de manifiesta violación de la legalidad que atentara contra las garantías individuales contempladas en la Constitución Política⁸.

⁸ *Competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la Actividad Administrativa en Estudio sobre la realidad nacional*. Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Agosto de 1973; publicada posteriormente en *RCJ*. 4 (1973).

IV. INEXISTENCIA, NULIDAD DE PLENO DERECHO, ANULABILIDAD

El recurso de protección puede entablarse contra actos administrativos y contra la actividad material de la Administración. No procede, como se ha señalado, contra todos los actos administrativos ilegales. En la búsqueda de un criterio que delimite aquellos contra los cuales procede y tratando de ampliar la procedencia del recurso más allá de la sola doctrina de la vía de hecho, debemos referirnos brevemente a la situación del derecho español.

El derecho administrativo español distingue entre actos nulos de pleno derecho, actos anulables, y actos irregulares o viciados que ni siquiera dan lugar a la anulabilidad.

La regla general es la anulabilidad de los actos administrativos irregulares, siendo excepcionales las nulidades de pleno derecho. Esta última procede sólo en los casos expresamente señalados en la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 47, y que son:

- a) Los actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes.
- b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de un delito.
- c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello, o de las normas que contiene reglas esenciales sobre la formación de la voluntad de los órganos colegiados, y
- d) Cuando infrinjan el principio de jerarquía normativa o versen sobre materias reservadas.

La única justificación, sin embargo, que admite en el derecho español, como señala Garrido Falla⁹, la separación entre la nulidad absoluta y anulabilidad, está en las consecuencias jurídicas que tienen una y otra en dicho ordenamiento jurídico. Así, la nulidad de pleno derecho puede

⁹ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo* ⁶ (Madrid 1973) 1, p. 478.

alegarse en cualquier tiempo, su declaración produce efectos retroactivos, puede alegarla cualquiera persona.

No existe, por lo tanto, una distinción de carácter teórico entre ambos tipos de nulidades y, en la ausencia de una Ley de Procedimiento Administrativo que la establezca, como ocurre en Chile, no puede ser tomada en consideración como criterio eventual para establecer la procedencia o improcedencia del recurso de protección.

La teoría de la inexistencia, por su parte, tampoco sirve como criterio de competencia para el recurso en análisis, ya que si bien ella puede ser aceptada en teoría, su concreción práctica es casi imposible, englobándose las situaciones que pudieran presentarse en la teoría de la vía de hecho.

La inexistencia en el derecho administrativo no da lugar a tratamiento jurídico diverso de la nulidad absoluta; de allí que muchos autores se opongan a la admisión del concepto. Señala Garrido Falla ¹⁰: "La teoría de la invalidez se agota en el estudio de dos categorías jurídicas: nulidad absoluta y anulabilidad. La hipótesis de la "inexistencia" o está pensando en supuestos en que no hay acto administrativo (en cuyo caso resulta absurdo hablar de acto viciado) o supone al menos la existencia material de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene por qué diferenciarse de la nulidad absoluta".

Como puede apreciarse y partiendo de la base que el recurso de protección no puede referirse a todos los actos administrativos ilegales—hipótesis de la anulabilidad en el derecho español—, tampoco es posible en Chile, en la ausencia de una Ley de Procedimiento Administrativo, utilizar como criterio para delimitar el recurso de protección, el de la distinción entre actos nulos absolutamente y actos anulables, sin perjuicio de lo que se expresará en el punto siguiente.

¹⁰ GARRIDO FALLA, (n. 9), p. 479.

V. CASOS EN QUE PROCEDE EL RECURSO DE PROTECCION ¹¹

Es necesario distinguir las siguientes situaciones:

- a) Contra actos administrativos.
- b) Recurso de protección en relación con la actividad material de la administración, cuando no existe acto administrativo previo.
- c) Recurso de protección en relación con la actividad material de ejecución de actos administrativos legales; y
- d) Omisiones administrativas.

A. RECURSO DE PROTECCION CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Procede contra aquellos actos que no son susceptibles de ligarse a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario. O sea, en los casos en que se haya cometido una vía de hecho.

Se trata aquí de actos de la administración que, por su extraordinaria ilegalidad o arbitrariedad, no pueden encontrarse amparados por la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Se incluyen aquí aquellos actos que no constituyen jurídicamente actos administrativos, aunque posean eventualmente su apariencia ¹². Son, pues, actos inexistentes, sin perjuicio de la dificultad que técnicamente implica el darles tal calidad, por lo que es preferible utilizar la terminología de la vía de hecho.

También podrían estimarse incluidos los actos administrativos que, al menos, de acuerdo al derecho español, fueran nulos de pleno derecho, reconociendo que, por no estar establecidos en nuestro derecho positivo —como lo está en la Ley de Procedimiento Administrativo española—, su de-

¹¹ Sobre este punto se utilizó principalmente la obra de MICHEL DEBARY, *La voie de fait en Droit Administratif* (Paris 1960).

¹² Cfr. GORDILLO AGUSTÍN, A., *Introducción al Derecho Administrativo* ² (Buenos Aires 1966). Proyecto de Código Administrativo, p. 242.

terminación deba quedar entregada a la labor de la jurisprudencia.

La completa desnaturalización del acto administrativo que lo haga perder su presunción de legitimidad se puede presentar con ocasión de cualquiera de las ilegalidades susceptibles de afectarlos; incompetencia —a la que nos referiremos a continuación expresamente—, vicio de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto al objeto e ilegalidad en cuanto a los motivos. Sin embargo, como se comprenderá, los casos de vías de hecho, que desde ya son excepcionales, lo serán mucho más para algunos vicios que para otros, como en la ausencia de motivos legales, que prácticamente nunca podrá constituirlos.

2. Procede el recurso contra actos administrativos dictados por órganos o autoridades manifiestamente incompetentes. Se encuentran en esta situación: a) el acto que provenga de persona no instituida en autoridad pública y que, por lo tanto, sea incapaz de dictar actos de autoridad, lo que, por lo demás, también constituye inexistencia¹³. b) Se produce también en el caso que una autoridad administrativa invada el campo de actividad de otra; ya sea por violación de competencia territorial o por violación de competencia funcional, cuando una entidad resuelva sobre cuestiones reservadas a otro órgano administrativo, como, por ejemplo, si el director de Impuestos Internos clausura un restaurante por no contar con servicios higiénicos adecuados.

c) No procede, en cambio, por violación del grado jerárquico; esto es, cuando una autoridad actúa en materias de la competencia de una autoridad inferior o superior dentro del mismo servicio o dentro de una línea jerárquica, tratándose en este caso de un acto administrativo nulo.

Para el derecho español, los casos a y b serían actos nulos de pleno derecho, y en el caso c habría un acto anulable. En el derecho francés, en cambio, el primer caso constituiría una vía de hecho; el segundo y tercero, actos sus-

¹³ ALVAREZ-GENDIN SABINO, *Tratado de Derecho Administrativo* (Barcelona 1958) 1, p. 343.

ceptibles de recurso de nulidad ante el tribunal administrativo.

Como puede apreciarse, se ha ampliado considerablemente para la aplicación del recurso de protección la teoría de la vía de hecho, al incluir actos que en el derecho español serían nulos de pleno derecho y que en el derecho francés no serían constitutivos de vía de hecho.

Hay también otra ampliación de la institución francesa que es necesario mencionar, y que es la siguiente: Una importante clasificación de los actos administrativos es la que distingue entre aquellos que requieren de ejecución posterior y aquellos que no la necesitan. Entre los primeros están las requisiciones, expropiaciones, etc. Entre los segundos se encuentran las decisiones de rechazo, las medidas disciplinarias, las prohibiciones, etc. Ahora bien, en el derecho francés muchos autores opinan que la vía de hecho reside siempre en la ejecución material, provenga la ilegalidad de la decisión administrativa misma, o de su ejecución. Laubadaire define, incluso, la vía de hecho, de la siguiente forma: "Cuando, con ocasión de una actividad material de ejecución, la administración comete una grosera ilegalidad que atenta contra una libertad pública o el derecho de propiedad"¹⁴. Otros autores, en cambio, que han profundizado el tema analizando la jurisprudencia de los tribunales sobre la materia, han señalado que ella también se presenta en el caso de actos administrativos que no requieren de ejecución posterior¹⁵.

Sin embargo, estos últimos también señalan que, cuando los actos administrativos requieren de ejecución posterior y la vía de hecho se produjo al dictarse el acto, la constatación de ella como atentando contra los derechos individuales no aparece como verdadera sino que con ocasión de su ejecución material.

Nosotros hemos estimado, en cambio, que el recurso de

¹⁴ DE LAUBADERE, ANDRÉ, *Traité Elementaire de Droit Administratif*⁴ (Paris 1967) 1, p. 415.

¹⁵ DEBARY (n. 11), p. 123.

protección es procedente directamente contra los actos administrativos, sin que sea necesario —en aquellos que requieran de actividad material— su ejecución, basándonos para ello en el texto constitucional que menciona el término “amenaza del legítimo ejercicio”.

B. RECURSO DE PROTECCION EN RELACION CON LA ACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION CUANDO NO EXISTE ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO

El recurso de protección procede en tres situaciones diversas:

1. Cuando se trata de la ejecución de un acto administrativo que se ha extinguido o desaparecido, ya sea por anulación por un tribunal, cumplimiento del plazo, retiro o revocación, etc.

La ejecución puede ocurrir después de la desaparición del acto, o incluso antes de ella, en relación con este último evento con la mantención de los efectos de dicha ejecución después que el acto ha dejado de existir.

2. Ejecución basada en un acto cuyo objeto es diferente de aquel de la ejecución.

Es la hipótesis del error manifiesto que implica que la actividad material de la administración no se encuentra amparada por un acto administrativo, ya que éste se refería a un objeto diverso, como, por ejemplo, la toma de posesión de un inmueble distinto de aquel que había sido expropiado por la decisión administrativa.

3. Por último, la hipótesis más precisa: actividad material sin que exista ningún acto administrativo previo, como, por ejemplo, la toma de posesión de un inmueble por parte de la administración, sin que haya mediado ningún acto de expropiación o requisición. Aquí, la actividad material de la administración no reposa sobre nada, constituyendo una vía de hecho.

Constituye una excepción a lo anterior, naturalmente, el caso en que textos legales o reglamentarios autorizan a la administración para proceder sin acto administrativo previo, como el ejemplo citado por Michel Debary del de-

recho conferido a la autoridad militar para ocupar propiedades sin requisición previa durante maniobras.

C. ACTIVIDAD MATERIAL DE EJECUCION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS LEGALES

El recurso de protección procede cuando la administración comete una manifiesta ilegalidad en el procedimiento empleado para la ejecución de un acto administrativo legal. La ilegalidad se produce por "falta de procedimiento".

Esta situación se produce sólo tratándose de actos administrativos que requieren de ejecución posterior de carácter material, siendo el caso más típico el del empleo del procedimiento de ejecución de oficio, cuando la ley no lo autoriza.

En lo que respecta al procedimiento de la acción de oficio, sabido es que a diferencia del derecho español o del francés, en que la ley o el derecho jurisprudencial señalan los casos en que la administración puede emplearlo, en Chile por la inexistencia de una ley de procedimiento administrativo ello no se encuentra debidamente reglamentado, salvo en determinadas materias.

Para que las irregularidades cometidas en el procedimiento de ejecución puedan dar lugar al recurso de protección, es necesario que ellas revistan un cierto carácter de gravedad.

Se puede, entonces, distinguir:

1. El solo hecho que se emplee un procedimiento de ejecución no contemplado por la ley desnaturaliza todo el acto material de ejecución y lo hace constitutivo de vía de hecho.
2. Cuando existe un vicio en un procedimiento de ejecución contemplado en la ley, para dar lugar al recurso de protección, deberá revestir una especial gravedad, como, por ejemplo, falta de emplazamiento en un lanzamiento cuando la ley contempla dicho trámite. Por tratarse, sin embargo, de casos de ejecución material contra un particular, que es donde con más fuerza se manifiesta el imperio de que dispone la autoridad pública, se podría quizás aceptar un gra-

do de gravedad menor que para el recurso de protección interpuesto directamente contra actos administrativos.

D. OMISIONES ILEGALES

De acuerdo al texto constitucional, el recurso de protección procede contra las omisiones arbitrarias o ilegales de la administración. Por su parte, el auto acordado, dictado por la Corte Suprema para su tramitación, señala en su número primero un plazo de quince días para interponerlo, desde que se hubiere incurrido en la omisión arbitraria o ilegal.

Nos atrevemos a suponer que una vez que se asiente la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores sobre la materia y mientras no exista en Chile una ley de lo contencioso administrativo y de procedimiento administrativo, ésta va a ser la situación en que mayor amplitud se le dará al recurso.

Racionalmente, debemos suponer al recurso de protección inserto dentro de un sistema jurídico que cuente con una ley de procedimiento administrativo, ya que las omisiones administrativas deben encontrarse reguladas precisamente en dicha ley. Así parece también entenderlo la Corte Suprema, desde el momento que señala un plazo fatal para interponerlo, a contar del momento en que se hubiere incurrido en la omisión; lo que es imposible de determinar—excepto cuando la administración tenga un plazo para actuar—sin una ley que establezca el momento en que se produzca dicha omisión, como ocurre, por ejemplo, en la Ley de Municipalidades.

Las omisiones se refieren, en todo caso, a situaciones en que la autoridad administrativa debiendo dictar un acto administrativo o ejecutar una operación material, no lo haga. Presupone, por lo tanto, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o una orden de autoridad superior. Ahora bien, la omisión sólo puede producirse en la actividad administrativa reglada y, dentro de ella, cuando haya un plazo para actuar o pueda establecerse que, por el tiempo transcurrido, no se ha cumplido con dicha obligación.

Como puede apreciarse, si la ley, reglamento u orden

superior no fija plazo para la actuación, es sumamente difícil señalar cuándo se produce la omisión; en especial, si se tiene en consideración que siempre se ha señalado por la doctrina que incluso en los actos reglados la autoridad tiene la discrecionalidad en cuanto a la elección del momento para actuar.

Debemos suponer, necesariamente, que una ley de procedimiento administrativo establecerá la necesidad de requerimiento por parte de la persona afectada y sólo a partir de ese momento, o después de transcurrido un cierto lapso, se podrá entender que existe omisión. Así, por ejemplo, las letras a y b del artículo 5 transitorio del Decreto Ley 1.289, Ley Orgánica de Municipalidades, señalan que en las omisiones de funcionarios municipales o del alcalde, el plazo para reclamar se cuenta desde el requerimiento.

Mientras no se dicte la ley de procedimiento administrativo, debemos entender, para poder aplicar la disposición constitucional y su respectivo auto acordado, que existe omisión, y que por lo tanto comienza a correr el plazo de quince días establecido en este último, desde que haya requerimiento; a excepción de los casos en que la ley, reglamento u orden superior haya establecido un plazo para la actuación.

Es necesario, por otra parte, señalar que cuando las leyes establezcan la exigencia de un reclamo administrativo previo, no se reclama realmente de la omisión, sino que del rechazo del reclamo administrativo. Esta es la situación de la Ley de Municipalidades, que en su artículo 5 transitorio establece un procedimiento de reclamo administrativo contra las omisiones, que es previo a la interposición del reclamo ante la Corte de Apelaciones. De lo que se reclama, entonces, no es de la omisión, sino que del rechazo por parte del alcalde, tácito o expreso, del reclamo interpuesto.

Existiendo un contencioso administrativo que contemple el reclamo por omisión¹⁶ o, para no suponer un caso

¹⁶ El anteproyecto sometido por la subcomisión de lo contencioso administrativo a la Comisión de Estudio de la Constitución Política, en su artículo 33, inciso 1º, señala: "*La acción contencioso adm-*

hipotético futuro, actualmente en el contencioso municipal, se plantea el problema de saber cuándo se podrá entablar un recurso de protección y cuándo deberá utilizarse el procedimiento de reclamo contemplado en la ley correspondiente.

A nuestro juicio, coexistiendo leyes que contemplen el reclamo por omisión administrativa, con el recurso de protección, o en la situación existente actualmente en nuestro país, el recurso constitucional es procedente siempre en aquellos casos en que haya una manifiesta arbitrariedad en la omisión "que desnaturalice su inactividad" si se permite la expresión. Ello ocurrirá en las siguientes situaciones:

1. Cuando la ley ha fijado un plazo a la administración para actuar y dicho plazo se encuentre vencido.
2. Cuando se trate del incumplimiento por parte de la administración de resoluciones judiciales.
3. Cuando se trate del incumplimiento de dictámenes de la Contraloría, que de acuerdo a su ley orgánica, son obligatorios para los servicios públicos; y
4. En el caso de incumplimiento de órdenes o actos administrativos emanados de autoridades superiores.

VI. SUJETO PASIVO DEL RECURSO

De acuerdo con el número quinto del auto acordado sobre tramitación del recurso de protección, el órgano del Estado y la persona o funcionario afectados podrán hacerse parte en el recurso. De lo anterior, y de la naturaleza misma de la actividad contra la cual procede, se desprende que el recurso se dirige contra el funcionario y contra la administra-

nistrativa deberá deducirse dentro del plazo de 6 meses contados desde la fecha de publicación, notificación o conocimiento del acto o disposición impugnados o del vencimiento del término dentro del cual la autoridad política o administrativa ha debido pronunciarse respecto del reclamo dirigido a obtener su decisión, en los casos de silencio u omisión de la administración".

ción, lo que aparece como excepcional frente a los recursos contencioso administrativos aceptados en la doctrina y en el derecho comparado, en que la acción va dirigida casi siempre únicamente contra la administración.

Podría pensarse que si el sujeto pasivo puede ser simultáneamente el órgano del Estado y el funcionario, ello se debe a una posible solidaridad en lo que respecta a la reparación de las consecuencias dañosas de la actividad; todo ello de acuerdo a las normas del Código Civil. Creemos que no es así, ya que el recurso de protección no es la vía adecuada para obtener la indemnización de los perjuicios; no existiendo además para ello las razones del derecho francés en la teoría de la vía de hecho, cual es la repartición de competencias entre los tribunales administrativos y ordinarios.

La explicación de que el "funcionario afectado" pueda hacerse parte en el recurso hay que buscarla en las consecuencias posteriores que pueden derivarse para éste en el evento de ser acogido el recurso; básicamente, su responsabilidad disciplinaria y su responsabilidad civil.

Podría sostenerse, de acuerdo con la distinción entre falta de servicio y falta personal —hoy existente en nuestro derecho positivo— que las situaciones que pueden conducir a acoger un recurso de protección son, precisamente, típicos casos de falta personal. De allí entonces que, producida, sea el funcionario quien en definitiva deba soportar las consecuencias pecuniarias de sus actos.

Sin embargo, aceptar que siempre que proceda el recurso de protección estamos en presencia de una falta personal, no guarda relación con el verdadero sentido de esa institución; siendo perfectamente posible la existencia de un acto administrativo manifiestamente arbitrario, sin que exista falta personal del funcionario.

Como señala la doctrina francesa, hay una distinción entre el funcionario que choca ebrio, después del servicio, y el Prefecto que requisita una edición de una revista. El del primero no tenía ningún fin administrativo, mientras que

el segundo entendía actuar en resguardo del interés público, por discutible que éste fuera ¹⁷

Lo anterior se basa en el concepto doctrinario de falta personal, en la que debe existir por parte del funcionario una negligencia extrema o una intención dolosa de agraviar —la doctrina no emplea los conceptos de culpa o dolo en este caso—, siendo sólo entonces responsable civilmente. El derecho positivo chileno, en el artículo 61 del Decreto Ley 1.289, hace constitutiva de falta personal, la actuación culpable del funcionario ¹⁸. De acuerdo a esto, exigiéndose sólo culpa del funcionario, cada vez que se acoja un recurso de protección habría falta personal y sería, por lo tanto, responsable en definitiva el funcionario, a pesar de lo discutible que pueda resultar esto de acuerdo con los modernos principios del derecho administrativo.

De acuerdo a la jurisprudencia chilena sobre responsabilidad extracontractual del Estado, el funcionario vería comprometida su responsabilidad, de acuerdo al título XXXV del Código Civil. El Estado, por su parte, según la misma jurisprudencia, sería responsable si se estimara que los actos que dan lugar al recurso de protección no son actos de autoridad ¹⁹.

También cabría la posibilidad de aceptar la responsabilidad directa del Estado, de acuerdo al artículo 2.314 del Código Civil, pudiendo éste repetir posteriormente en contra del funcionario solamente si existiera una falta personal, de acuerdo al concepto doctrinario de la misma.

¹⁷ DEBARY, (n. 11), p. 61.

¹⁸ Véase nuestro artículo *Responsabilidad extracontractual de las Municipalidades*, en prensa, en RCS. (1977).

¹⁹ Sobre esta materia: véase nuestro artículo *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, en RCJ. 5 (1975); también en *Anuario de Derecho Administrativo* (Santiago 1976).