



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

**LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN Y LA
PROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: REVISIÓN DE LA
CUESTIÓN A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE
DESVINCULACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Actividad Formativa Equivalente a Tesis
para optar al grado académico de
Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público

Alumno:

Roberto Cárcamo Tapia

Profesor guía:

Francisco Zúñiga Urbina

Santiago, marzo de 2019

“Amar es un milagro”.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	1
Introducción	2
1. La reciente jurisprudencia sobre desvinculaciones de funcionarios públicos	6
2. El concepto de la acción de protección en sus orígenes	12
a. Origen inmediato de la acción de protección	12
b. La acción de protección en el concepto de sus impulsores	15
3. La naturaleza de la protección en la jurisprudencia y la doctrina	20
a. La jurisprudencia sobre la naturaleza de la acción de protección	20
b. Los primeros comentarios de la doctrina sobre la naturaleza de la protección	25
c. La doctrina sobre la acción de protección en democracia	28
4. La indemnización del lucro cesante como cuestión de lato conocimiento.....	34
5. La confianza legítima como eventual cuestión de lato conocimiento	40
Conclusiones	45
Bibliografía	49
Doctrina	49
Jurisprudencia judicial.....	52
Jurisprudencia administrativa	55
Fuentes de consulta.....	55

RESUMEN

Durante los últimos años se ha ido desarrollando una nutrida jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, formada por sentencias recaídas en procedimientos de protección constitucional iniciados por funcionarios públicos desvinculados que, tras declarar ilegales o arbitrarios los actos administrativos impugnados en tales casos y junto con dejar sin efecto tal actuación, han ordenado pagar las remuneraciones que se hubiesen devengado en favor de los actores en caso de no haber sido separados de sus cargos. Aunque tales fallos nunca lo señalen, se sostendrá que esta última medida corresponde a una auténtica condena al pago de una indemnización por lucro cesante; luego, dado que ello parece contrariar lo que tradicionalmente se ha definido como posible de pretender por un recurrente de protección, al ser una materia que requiere para su resolución un procedimiento de lato conocimiento, en la presente investigación se revisará lo definido o discutido, en su caso, por la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre la naturaleza, alcance y límites de la acción constitucional de protección. Con tal fin, se explorará la jurisprudencia más reciente que acoge acciones presentadas por funcionarios desvinculados; luego, se la contrastará con los conceptos que de la protección expresaron sus propios impulsores y, posteriormente, con las ideas desarrolladas a lo largo de los años tanto por la jurisprudencia como por la doctrina constitucional y procesal. Por último, se indagará si acaso la determinación de la obligación a reparar el lucro cesante y la configuración de la figura de la confianza legítima –esta última en tanto fundamento de algunas de las sentencias revisadas- son compatibles con un procedimiento sumarísimo como es el de la protección. De tal ejercicio, se buscará establecer si cabe redefinir lo que la doctrina y la jurisprudencia han señalado tradicionalmente respecto a los caracteres de la acción o si, por el contrario, cabe enjuiciar críticamente la última jurisprudencia de los tribunales superiores por sobrepasar los límites de lo que es posible para los ellos conocer y resolver mediante este específico remedio procesal.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 19 de junio de 2017 la Tercera Sala de la Corte Suprema –en votación dividida- dictó sentencia de término, revocando el fallo de primera instancia y, en consecuencia, acogiendo la acción constitucional de protección por la que doña Roxana Pey Tumanoff impugnó el decreto supremo que la removió del cargo de rectora de la Universidad de Aysén. En su parte resolutive, la sentencia, además de ordenar dejar sin efecto el acto administrativo impugnado mediante la acción, ordenó “el pago de seis meses de remuneraciones a contar del alejamiento del cargo, como medida paliativa de carácter alimenticio y sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora pueda impetrar”¹.

Como se ve, se trata de un fallo que debiese llamar la atención por varias razones: En primer lugar, porque a diferencia de lo que resultaba esperable –aunque ciertamente no estrictamente necesario en el caso de una acción de protección- esta medida pecuniaria fue ordenada por el tribunal *ad quem* por su propia iniciativa, sin que fuese solicitada por la recurrente; en segundo lugar, porque pese a que de acuerdo al artículo 20 de la Constitución la Corte tiene la atribución general de adoptar “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, la jurisprudencia ha sido generalmente consistente en entender que mediante el ejercicio de la acción de protección no es procedente pedir y ordenar reparaciones pecuniarias, como es, pese a darle otro nombre la sentencia, la que se otorga a la actora; y finalmente, porque resulta sumamente llamativo que la prestación a que es condenada la recurrida sea denominada por la Corte Suprema como una “medida paliativa de carácter alimenticio” en lugar de lo que en rigor es: una indemnización de perjuicios.

En definitiva, tales peculiaridades hacen que este fallo se aparte de las definiciones que la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han establecido respecto de la naturaleza, las características y el objeto de la acción de protección. Pese a ello, se trata sólo de un caso particular que forma parte de una ya nutrida jurisprudencia de protección relacionada a la función pública. En efecto, desde hace algunos años y de forma expansiva, los tribunales superiores de justicia han venido accediendo a las pretensiones de funcionarios públicos desvinculados de órganos de la Administración del Estado (cualquiera fuese la naturaleza jurídica de su relación), planteadas tanto a través de acciones de naturaleza laboral como de la acción constitucional de protección.

¹ “PEY TUMANOFF ROXANA CONTRA MARIO FERNÁNDEZ BAEZA VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y OTRO” (2017).

Así, si hasta hace algún tiempo la jurisdicción laboral se declaraba incompetente para conocer de demandas ejercidas por funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo o por estatutos especiales, dirigidas contra los órganos del Estado en los que se desempeñaban, luego, primero en el caso de los funcionarios vinculados mediante contratos a honorarios y, después, ya con la generalidad de los funcionarios públicos, los tribunales del trabajo comenzaron a conocer y acoger acciones planteadas por empleados del Estado condenando a la Administración a pagarles indemnizaciones de acuerdo a las normas del Código del Trabajo^{2,3}.

Por su parte, en los últimos años se encuentran cada vez con más frecuencia sentencias de los tribunales superiores de justicia en que se acogen acciones de protección deducidas por funcionarios a contrata separados de sus cargos, sea ante la no renovación de sus designaciones o ante un acto de desvinculación anticipada, por calificar tales alejamientos como fruto de actuaciones administrativas carentes de suficiente motivación o que transgreden la confianza legítima del afectado⁴; en lo que parece ser la última etapa de esta evolución jurisprudencial, se encuentran incluso algunos casos referidos a separaciones de funcionarias de planta, como es la situación del caso de la rectora de la Universidad de Aysén, descrito más arriba⁵.

La circunstancia de que se ejerza la acción de protección por funcionarios impugnando los actos administrativos que importan su desvinculación no sorprende si se considera el amplio uso que se

² En el caso de los funcionarios a contrata y de planta, mediante el procedimiento de tutela laboral contemplado en el artículo 485 y siguientes del Código del Trabajo, siempre en referencia a denuncias de vulneraciones a determinados derechos constitucionales. En el caso de los empleados a honorarios, tanto mediante ese procedimiento como de la acción de nulidad de despido del artículo 162 del mismo cuerpo normativo. A modo ejemplar, véanse las siguientes sentencias de la Corte Suprema: “BUSSENIUS CON CENTRAL NACIONAL DE ABASTECIMIENTO” (2014); “POBLETE CON MINISTERIO PÚBLICO” (2014); “BORDACHAR CON SERVICIO NACIONAL DE PESCA” (2015); “RAMÍREZ CON SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO” (2015); “GONZÁLEZ CON I. MUNICIPALIDAD DE TALCA” (2016); “ZELAYA CON HOSPITAL EDUARDO PEREIRA” (2017). Nótese cómo esta jurisprudencia se refiere a la más amplia gama de órganos administrativos del Estado, con prescindencia de su naturaleza centralizada, descentralizada o autónoma.

³ Hay que señalar, con todo, que la cuestión de la procedencia de las acciones laborales en las relaciones de la función pública aún está en desarrollo. En efecto, recientemente (con fecha 6 de diciembre de 2018) el Tribunal Constitucional dictó la sentencia en su causa rol 3853-17, por la que, en fallo dividido, declaró inaplicables el inciso tercero del artículo 1º y el artículo 485, ambos del Código del Trabajo, en los autos rol 37.905-2017 de la Corte Suprema, que tratan sobre un recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la Municipalidad de San Miguel en un procedimiento de tutela laboral. Dado lo reciente de esta sentencia, así como el hecho que, a la fecha, la Corte Suprema aún no dicta sentencia de fondo, todavía no se pueden conocer cabalmente sus consecuencias prácticas en la jurisprudencia; menos aún desde que, como reacción a la sentencia señalada del TC, actualmente se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por un grupo de senadores, que busca interpretar el Código del Trabajo, a fin de permitir a los funcionarios públicos demandar a sus servicios de tutela laboral (Boletín Nº12.322.13).

⁴ Una revisión estadística inicial de esta tendencia puede encontrarse en OBSERVATORIO JUDICIAL (2018).

⁵ Además del caso “PEY TUMANOFF” citado en la nota 1, esta es la situación de las sentencias “TRONCOSO CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN” (2018) y “ECHEVERRÍA CON SERNAMEG” (2018).

hace en nuestro país de la protección como sustituto de un inexistente procedimiento contencioso administrativo general. El acogimiento de tales acciones de protección por parte de los tribunales competentes no resulta tampoco realmente sorprendente, desde que hace tiempo ya la jurisprudencia ha sostenido que la actividad formal de la Administración debe ejercerse de forma suficientemente motivada, de manera tal que la dictación de actos administrativos infundados o deficitariamente motivados puede acarrear la invalidación judicial de tales actos⁶; ello, con mayor razón desde que la motivación fue incorporada positivamente como uno de los elementos de todo acto administrativo mediante el artículo 11 de la Ley N°19.880⁷. En cambio, lo que sí llama poderosamente la atención al revisar esta jurisprudencia es que, junto con acogerse la pretensión de ordenarse el reintegro a la función pública de los actores, los tribunales superiores además ordenan el pago de las remuneraciones que se hubiesen devengado si el recurrente no hubiese sido separado de su cargo, considerándose dicho período “como efectivamente trabajado”⁸.

Si bien a primera vista pudiese parecer una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia del acto administrativo que implicó la desvinculación del funcionario, lo cierto es que –pese a no señalarse explícitamente en estas sentencias- tal medida corresponde a una indemnización por perjuicios (y, con más precisión, a una indemnización por lucro cesante, esto es, “la ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino”⁹, constituida en este caso por las remuneraciones que el actor dejó de percibir en virtud del acto declarado ilegal o arbitrario); ahora bien, el otorgamiento de tal indemnización de perjuicios mediante una sentencia de protección parece contrariar la naturaleza de la acción, al menos en el sentido que la doctrina y la jurisprudencia han definido tradicionalmente.

En efecto, la jurisprudencia ha entendido desde hace mucho que la acción de protección no es la vía procesal idónea para resolver cuestiones de lato conocimiento¹⁰, como lo sería la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por su parte, la doctrina ha descrito la protección como una acción cautelar de derechos constitucionales que produce cosa juzgada formal y que, por tanto, no tiene como finalidad la declaración o constitución de derechos disputados¹¹.

⁶ Así, ya en 1991 la Corte Suprema afirmaba enfáticamente que: “Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”, “ROSAS DÍAZ, LUIS ÁNGEL Y OTROS” (1991).

⁷ Sobre el particular, ver BERMÚDEZ (2014), pp. 149-152.

⁸ Sin perjuicio de la jurisprudencia indicada en la bibliografía, la cita corresponde a: “MORA VEGA ALAN / SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL” (2014).

⁹ PEÑAILILLO (2018), p. 10.

¹⁰ Ver HENRÍQUEZ (2018), pp. 39-40.

¹¹ ZÚÑIGA (1997), pp. 108-109.

En este orden de ideas, la sentencia recaída en el caso de la rectora de la Universidad de Aysén, revisada al principio de esta introducción, no resulta tan rara si la consideramos inserta, como está, en la jurisprudencia de los últimos años de los tribunales superiores de justicia relativa a funcionarios públicos separados de sus funciones; a lo sumo, vendría a ser uno de los ejemplos más claros de cómo esta tendencia ha venido a relativizar la vigencia de algunas ideas que parecían ya consolidadas respecto a la naturaleza y la finalidad de la protección constitucional. Quizá, la calificación que el sentenciador hace de la prestación pecuniaria que ordena como medida “de carácter alimenticio” sea un indicio de que el propio Máximo Tribunal haya tomado conciencia de la debilidad argumentativa de las sentencias sobre esta materia, que como se señaló, chocan con varios años de doctrina y jurisprudencia, pero sin expresar las razones que llevan a esa colisión.

En razón a todo lo anterior, a continuación se buscará revisar lo discutido o definido, en su caso, por la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre la naturaleza, alcance y límites de la acción constitucional de protección, contrastándola con la reciente jurisprudencia relativa a protecciones interpuestas por empleados públicos separados de sus funciones, en el específico punto de las prestaciones pecuniarias a las que ya con frecuencia los tribunales superiores condenan a los órganos administrativos al resolver estas mismas acciones. Con tal fin, se explorará esta jurisprudencia más reciente; luego, se la contrastará con los conceptos que de la protección expresaron sus propios impulsores y, posteriormente, con las ideas desarrolladas a lo largo de los años tanto por la jurisprudencia como por la doctrina constitucional y procesal. Por último, se indagará si acaso la determinación de la obligación a reparar el lucro cesante, así como la configuración de la figura de la confianza legítima son compatibles con un procedimiento sumarísimo como es el de la protección. De tal ejercicio, y en atención a las sentencias recientes sobre desvinculaciones de funcionarios, se buscará establecer si cabe redefinir lo que la doctrina y la jurisprudencia han señalado tradicionalmente respecto a los caracteres de la acción o si, por el contrario, cabe enjuiciar críticamente la última jurisprudencia de los tribunales superiores por sobrepasar los límites de lo que es posible para los ellos conocer y resolver mediante este específico remedio procesal.

1. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE DESVINCULACIONES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Si se atiende al texto del Estatuto Administrativo¹², nuestro país adhiere al modelo cerrado o continental de función pública, caracterizado por la noción de carrera funcionaria y la existencia de un estatuto especial que regula el empleo público en que se asegura la estabilidad en el cargo¹³. Sin embargo, en los hechos la aplicación de este modelo en nuestro país se ha desnaturalizado, puesto que el número de empleados a contrata –junto a los contratados a honorarios a suma alzada- superan en número a los funcionarios del personal de planta¹⁴.

Dado que las designaciones a contrata son vínculos esencialmente temporales, resulta normal que las personas que presten servicios a la Administración bajo ese régimen sean desvinculadas al no renovarse el acto correspondiente tras el vencimiento de su vigencia o al ponerse término a sus funciones en virtud de no ser ya necesarios sus servicios. Ahora bien, siendo consustancial a la potestad de la Administración de designar personal a contrata la facultad de no renovarlo o aún de desvincularlo anticipadamente por no ser necesarios en lo sucesivo sus servicios, el ejercicio de tal atribución debe ajustarse a los requisitos que el ordenamiento jurídico exige a toda actuación administrativa. Por ello, no resulta sorprendente que, frente a acciones de protección ejercidas por funcionarios a contrata impugnando su no renovación o su desvinculación anticipada por adolecer de arbitrariedad o ilegalidad, los tribunales superiores hayan resuelto en dichas ocasiones en base a las formas de control propias del derecho administrativo.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que la facultad de desvincular a un funcionario debe ejercitarse atendiendo a la finalidad de la potestad, pues de lo contrario la actuación sería ilegal por adolecer de desviación de poder, como en la ocasión en que se consideró:

¹² Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

¹³ BERMÚDEZ (2014), pp. 436-437. El mencionado modelo continental se contrapone al modelo abierto o anglosajón, en que el mismo régimen regula las relaciones de los trabajadores tanto del sector privado como del sector público.

¹⁴ CÁRCAMO (2017), p. 111. De acuerdo a la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA (2018), en el año 2017 el personal civil del “Gobierno Central” (entendido como el conjunto orgánico formado por “la Administración Central, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público”, p. 12) estaba formado por 83.189 funcionarios que formaban parte de las plantas, mientras que 175.409 personas estaban designadas a contrata (p. 31) y un total de 34.960 personas prestaba servicios en virtud de un contrato de honorarios a suma alzada (p. 137).

“Que las circunstancias antes relatadas, permiten razonablemente presumir que el fin que tuvo a la vista la autoridad no fue un fin de interés general o particular del Servicio, en la especie, desvincular a un funcionario cuyos servicios habían sido requeridos sólo de manera transitoria y por tanto ya no estaba justificado mantener su contratación, sino otro, como separar a un funcionario que fue parte de un sumario administrativo respecto del cual no se pudieron comprobar responsabilidades disciplinarias que habilitaran aplicar las sanciones correspondientes, lo cual conduce a concluir que pudo haber existido lo que en doctrina se denomina ‘desviación de poder’, en que la finalidad buscada por la autoridad es otra distinta”¹⁵.

En otras ocasiones se ha acogido la pretensión del funcionario desvinculado, por considerar los tribunales que el acto administrativo que importa su separación expresa razones vagas, imprecisas y que no se avienen al caso o, en otras palabras, con una motivación meramente formal, resultando desmotivado y, por tanto, arbitrario e ilegal. Así, por ejemplo, en un caso en que:

“(…) la decisión de la autoridad administrativa en orden a poner término anticipado a la contrata de la recurrente, sólo puede ser entendida como una actuación arbitraria en cuanto los fundamentos explicitados en el acto administrativo impugnado difieren de aquellos que realmente se tuvieron en vista para finalizar el vínculo de la recurrente con el Servicio recurrido”¹⁶.

En otros casos se recurre a la figura de la confianza legítima, ampliamente desarrollada por la jurisprudencia administrativa y aplicada en dictámenes solicitados por funcionarios a contrata desvinculados¹⁷. Sobre ello, resulta interesante la sentencia que se pronunció sobre la acción de protección deducida contra el órgano contralor por un alcalde, quien alegaba la ilegalidad de un dictamen que le ordenaba a la correspondiente municipalidad revincular a un funcionario a contrata

¹⁵ “TORREJÓN PIÑONES LUIS / JEFE DEL DEPARTAMENTO DE PERSONAS DEL IPS Y QUIENES RESULTEN RESPONSABLES” (2012).

¹⁶ “MARÍA PAZ PATRICIA LIBERONA GONZÁLEZ CONTRA MINISTRO DE SALUD Y OTRO” (2014). Por cierto, como se ha señalado, esto no es más que la aplicación a la particular situación de la desvinculación de funcionarios de un elemento necesario en toda actuación administrativa. Así, por ejemplo, se puede encontrar la misma idea aplicada en los asuntos más dispares como, por ejemplo, en la impugnación del traslado de un funcionario de una unidad a otra en el mismo servicio en “SALOMÓN SILVA JOSÉ ADOLFO CONTRA SÁNCHEZ PERALTA FERNANDO Y OTRA” (2012), del rechazo de una solicitud de libertad condicional en “HERRERA JIMÉNEZ CARLOS CON COMISIÓN DE LIBERTAD CONDICIONAL” (2014) o de la aprobación de un plan de cierre temporal de una faena minera en “JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO HUASCO / SERVICIO NACIONAL DE GEOLOGÍA Y MINERÍA” (2017). Incluso más, resolviendo una protección contra la negación de la recepción definitiva de una obra pública en “HERNÁNDEZ CON MUNICIPALIDAD DE FRESIA” (2017), la Corte Suprema llegó incluso a señalar que “habrá de verse la cuestión de la motivación de actos estatales como un derecho fundamental de los individuos”.

¹⁷ Como se verá más adelante, el órgano contralor ha ido desarrollando su posición sobre el particular a través de varios dictámenes, algunos referidos a casos particulares y otros en lo que expresa criterios generales para la Administración. Los más importantes son los dictámenes N°22.766/2016 y N°23.518/2016 (referido a funcionarios municipales), N°58.864/2016 (referidos a funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo), N°85.700/2016 y N°6.400/2018 (por los que imparte instrucciones generales sobre la renovación de personal a contrata).

cuya designación no había sido renovada. La Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo de primera instancia, desestimó la acción en base a la calidad esencialmente transitoria de la designación a contrata, pero luego la Corte Suprema, en su sentencia de término, acogió la apelación y, por tanto, rechazó la acción de protección, razonando sobre la base del principio de confianza legítima. Así, señaló:

“Que si bien puede colegirse de los artículos 2 de la Ley N° 18.883 y 10 de la Ley N° 18.834, que toda contrata termina por el solo ministerio de la ley llegado el 31 de diciembre de cada año, su naturaleza esencialmente provisoria y temporal cambia si es la propia Administración la que procede sucesivamente a su renovación, actuación permanente que generará en el empleado la legítima expectativa que anualmente su contrata será renovada, de modo que, una alteración a esta invariable situación de hecho, exigirá una motivación que justifique el cambio de criterio de la autoridad (...)”¹⁸.

Ahora bien, lo que sí resulta llamativo es que, junto con realizar ese control de la licitud de la actuación administrativa que importa la desvinculación de funcionarios públicos, los tribunales, en el caso en que declaren la arbitrariedad o ilegalidad de la actuación impugnada, han venido condenando al órgano recurrido no sólo a revincular al actor de protección, sino además a pagarle las remuneraciones que hubiese recibido de no haber sido separado de su función, mediante sentencias cuyas partes resolutivas son de un tenor similar al siguiente:

“Por estas consideraciones y en virtud de lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección, se declara que SE ACOGE la acción cautelar deducida, en lo principal de fojas 7, por (...), contra el Servicio de Salud Metropolitano Central, declarándose que se deja sin efecto la Resolución N° 2055 de 22 de abril de 2014, que puso término anticipado a su contrata, debiendo por tanto el recurrente permanecer vinculado a la Administración hasta el 31 de diciembre de 2014, y solucionándose todos los estipendios que le correspondan durante el período que ha permanecido separado de sus funciones, considerándose el período como efectivamente trabajado, y extenderse hasta el 31 de diciembre de 2014, sin costas”¹⁹.

Como se ha adelantado en la introducción, tal condena implica, aunque no lo diga la sentencia, la orden al órgano recurrido a reparar un lucro cesante mediante un monto de dinero lo que, pese a que el fallo no lo mencione, constituye una indemnización de perjuicios. Ello –como se desarrollará más adelante- parece contrariar los conceptos desarrollados y mantenidos por la jurisprudencia

¹⁸ “DELGADO CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA” (2017). El dictamen impugnado es el N°9317/2017.

¹⁹ “MORA VEGA ALAN / SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL” (2014), confirmada por SCS rol 24.908-2014.

respecto a la acción de protección, en orden que mediante dicho remedio procesal no sería pertinente perseguir pretensiones pecuniarias o la resolución de conflictos de “lato conocimiento”.

El fallo recién citado corresponde a la acción ejercida por un funcionario a contrata desvinculado anticipadamente de un Servicio de Salud. Pues bien, entre las sentencias que forman esta jurisprudencia se pueden encontrar fallos referidos a los más variados órganos administrativos recurridos, tanto de la Administración central como descentralizada y tanto a funcionarios que fueron desvinculados anticipadamente como por simple no renovación de sus designaciones a contrata.

Así, por ejemplo, se ha ordenado reintegrar e indemnizar a una funcionaria a contrata desvinculada en forma anticipada de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena por carecer el acto administrativo correspondiente de suficiente motivación²⁰; reintegrar e indemnizar a una funcionaria a contrata desvinculada anticipadamente de la Municipalidad de Codegua²¹; reintegrar e indemnizar a un funcionario a contrata al que se le comunicó la decisión de no renovar su designación para el año siguiente en la Municipalidad de Concón²²; reintegrar a un grupo de funcionarios a contrata a quienes la Municipalidad de Calama les notificó intempestivamente la decisión de no renovar sus contrataciones, mediante sentencia de la Corte Suprema que confirmó la de primera instancia, con declaración de ordenar indemnizarlos²³; reintegrar e indemnizar a un funcionario de la Superintendencia de Valores y Seguros, la que rechazó el requerimiento de la respectiva asociación de funcionarios a reconsiderar su decisión de no renovarlo²⁴; reintegrar e indemnizar a funcionarios desvinculados por la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, al considerar que la expresión “mientras sean necesarios sus servicios” no alude al eventual déficit presupuestario y la intención del órgano de sanearlo²⁵; o reintegrar e indemnizar a una funcionaria a contrata no renovada en el Hospital Dr. Luis Calvo Mackenna²⁶.

La naturalidad con que los tribunales superiores de justicia han venido condenando a órganos de la Administración a reparar este lucro cesante sufrido por funcionarios a contrata desvinculados, consistente en las remuneraciones que habrían recibido de no haber sido separados de sus cargos, se

²⁰ “TATTER ACLEH MARÍA LUZ CONTRA CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA” (2014).

²¹ “CARLA FRANCISCA BON FUENZALIDA CON MUNICIPALIDAD DE CODEGUA” (2017).

²² “VILCHES CON MUNICIPALIDAD DE CONCÓN” (2017).

²³ “ZAMBRANO CON I. MUNICIPALIDAD DE CALAMA” (2018).

²⁴ “ACEVEDO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS” (2018). La pretensión del actor se relaciona con el contenido de la Circular N°26, de 21 de diciembre de 2016, del Ministerio de Hacienda, sobre orientaciones generales sobre renovación del personal a contrata, que considera un proceso de reconsideración de decisiones de no renovación que incluye la participación de las asociaciones de funcionarios.

²⁵ “ARANCIBIA CON I. MUNICIPALIDAD DE PEDRO AGUIRRE CERDA” (2018) y “CRUZ CON I. MUNICIPALIDAD DE PEDRO AGUIRRE CERDA” (2018).

²⁶ “RIQUELME CON HOSPITAL LUIS CALVO MACKENNA” (2018).

gráfica con claridad en una reciente sentencia de la Corte Suprema por la cual (sin que se exprese ninguna razón para ello) se dejan sin efecto los actos administrativos impugnados mediante la acción que se resolvía y, en consecuencia, se ordena pagar esta indemnización a los actores, pero sin ordenar su restitución a sus funciones; es decir, la Corte separa la reintegración de los actores al servicio de la reparación del lucro cesante, otorgando en esta situación concreta sólo la segunda de estas medidas²⁷. De esta forma, la reparación pecuniaria de un daño mediante una sentencia de protección finalmente se independiza de las demás providencias cautelares que pudiesen ser ordenadas por el tribunal.

Por lo demás, esta práctica jurisprudencial ya generalizada de ordenar pagar indemnizaciones por lucro cesante a funcionarios cuya revinculación se ordena, si bien nacida, como se ha visto, a propósito de la situación de los funcionarios a contrata, parece haber permeado la de funcionarios de planta separados de sus funciones, como ya se ha resuelto en alguna ocasión respecto de un funcionario policial²⁸. Dentro de ello, por cierto se ubica la sentencia de la Corte Suprema revisada más arriba que, revocando el fallo de primera instancia, acogió la protección deducida por la removida rectora de la Universidad de Aysén –universidad pública en instalación, bajo el régimen transitorio de su ley orgánica- contra los signatarios del decreto que la depuso de su cargo; dicho fallo, si bien no ordenó reintegrar a la rectora a sus funciones –en atención a que dicho cargo ya era servido por una nueva titular- sí declaró dejar sin efecto el acto impugnado y, además, ordenó “el pago de seis meses de remuneraciones a contar del alejamiento del cargo”, no como indemnización de perjuicios, sino “como medida paliativa de carácter alimenticio y sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora pueda impetrar”²⁹.

Dentro de la influencia de esta jurisprudencia a funcionarios que sirven cargos de planta, más recientemente también encontramos dos casos en los que se ordenó reintegrar e indemnizar a funcionarias que ejercían cargos de alta dirección pública en calidad transitoria y provisional, incluso

²⁷ “BARRERA CON MINISTERIO DE BIENES NACIONALES” (2019). El fallo en cuestión, como se ha señalado, no expresa por qué razón, pese a acoger la acción de protección, no ordena la reintegración a sus funciones de los actores; una razón que podría entenderse implícita es que, si bien la tramitación del expediente comenzó en abril de 2018, la sentencia de término es ya de 2019, por lo que sería posterior al momento en que culminó el período anual en que fueron desvinculados de forma anticipada los recurrentes. Si esto fuese efectivo, sería un hecho grave: el costo de la sobrecarga de trabajo de los tribunales y la consecuente lentitud en la tramitación de los procesos judiciales no debe ser asumido por las personas que recurren a la judicatura para ver tutelados sus derechos y, aún más, no puede consistir en que la intensidad de la protección que reciben sea menos intensa si están obligadas a recurrir a aquellas cortes con más número de procesos.

²⁸ “YÁÑEZ CON POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE” (2018).

²⁹ “PEY TUMANOFF ROXANA CONTRA MARIO FERNÁNDEZ BAEZA VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y OTRO” (2017).

cuando los cargos que servían son de exclusiva confianza, en razón de entender la jurisprudencia que dicha calidad alcanzaba solo a los funcionarios designados como titulares³⁰.

Ya consolidado el otorgamiento de indemnizaciones a los funcionarios a contrata cuya revinculación se ordena mediante sentencias de protección, en algún fallo la Corte Suprema ha llegado a afirmar que el derecho a la estabilidad en el empleo alcanza a los funcionarios a contrata al señalar:

“Que el artículo 89 de la Ley N°18.834, plasma el principio según el cual, todo funcionario tiene derecho a gozar de estabilidad en el empleo, prerrogativa de la que en parte alguna se exime a quienes detentan la condición ‘a contrata’, sin que pueda discriminarse entre los empleados de planta y los contrata, porque el artículo 3 letra c) de dicha legislación, define el ‘empleo a contrata’, lo que permite concluir que la voz ‘empleo’ que utiliza el mencionado artículo 89 es comprensiva del funcionario que se desempeña ‘a contrata’”³¹.

A continuación, en la misma ocasión la Corte eleva el principio de confianza legítima, en los términos en los que lo ha desarrollado la jurisprudencia administrativa, a la categoría lógica de axioma:

“Que en la actualidad, es un verdadero axioma que si una relación a contrata excede los dos años y se renueva reiteradamente una vez superado ese límite, se transforma en una relación indefinida, conforme al principio de confianza legítima que la Contraloría General de la República comenzó a aplicar decididamente con ocasión del Dictamen N°85.700, de 28 de noviembre de 2016, cuya normativa cubre, entre otros, a los funcionarios designados en empleos a contrata regidos por la Ley N° 18.884”³².

Cabe advertir que, como resulta lógico, la condena a un órgano administrativo al pago de una indemnización –aunque sin darle ese nombre- a un funcionario cuya revinculación se ordena, es una medida propia de sentencias en las cuales la pretensión del actor de declararse ilegal o arbitraria la acción u omisión que importó su separación de su cargo ha sido acogida, cuestión que no siempre ocurre³³. Aún más, pese a que, como se habrá visto, en el caso de acogerse la acción ya se trata de una práctica generalizada la condena al pago de esta reparación, incluso puede encontrarse alguna excepción en la cual, pese a declararse la ilegalidad del acto que importa la desvinculación de una

³⁰ “TRONCOSO CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN” (2018) y “ECHEVERRÍA CON SERNAMEG” (2018). Por transparencia, debo consignar que me tocó ser abogado patrocinante de la acción sobre la que recayó esta última sentencia.

³¹ “ACEVEDO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS” (2018), c. 7°.

³² “ACEVEDO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS” (2018), c. 8°.

³³ De acuerdo a OBSERVATORIO JUDICIAL (2018), pp. 4-5, hay una ligera tendencia de la Corte Suprema a rechazar las acciones de protección sobre la materia, acogiéndose en un 44% de los casos.

funcionaria no se condenó al órgano respectivo a pagar la indemnización (aunque sin mencionarse por qué razón no se incluyó entre las providencias ordenadas “para el restablecimiento del imperio del derecho”)³⁴.

Con todo, los ejemplos anotados habrán servido para hacer notar que lo que aquí se ha examinado es una tendencia jurisprudencial ya asentada; asimismo, se habrá también advertido que al consistir en el otorgamiento, mediante sentencias que resuelven acciones de protección, de indemnizaciones de perjuicios –pese a que nunca usen estos fallos usen expresamente esa denominación- ello parece importar un quiebre dentro de la jurisprudencia tradicional referida a esta acción en particular. Para confirmar o desestimar este parecer provisional, a continuación se explorará la cuestión de la naturaleza de la acción de protección, recurriendo a su historia y a lo que sobre ella han definido a lo largo de los años la doctrina y la jurisprudencia.

2. EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN SUS ORÍGENES

a. Origen inmediato de la acción de protección

Más allá de sus antecedentes previos³⁵, el origen inmediato de la acción de protección se encuentra en un proyecto de reforma constitucional presentado por la oposición en las postrimerías del gobierno de Salvador Allende, destinado a extender el campo del amparo constitucional. Tal iniciativa fue

³⁴ “ARÉVALO POMODORO ANDREA CON TESORERÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA” (2014).

³⁵ Como exponen, por separado, SOTO (1982a), p. 13 y ZÚÑIGA (1996), los antecedentes de la acción de protección se inician en los artículos 116 y 146 N°1 de la Constitución Moralista de 1823, que encargó al Poder Judicial la protección “de los derechos individuales” y específicamente a la Corte Suprema “proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”. Tales atribuciones fueron recogidas por los “Reglamentos Judiciales” de 1824 y 1836, pero ya no por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875. Desde entonces, en virtud del artículo 104 N°4 de la Constitución de 1833, quedó vigente un “recurso de protección”, en virtud del cual se podía requerir la restitución del goce de garantías contra los actos de prelados o superiores eclesiásticos o contra los de cualquier autoridad o funcionario del Estado, siendo competencia de la Corte Suprema y, en el caso de haber oposición a la pretensión o cuando se trataba de ejecutar lo fallado, del Consejo de Estado. Ahora bien, dicha situación acabo con la dictación de la Constitución de 1925, generándose la inexistencia de un mecanismo que permitiese a los tribunales proteger de manera eficaz los derechos constitucionales, situación que motivó la creación de la actual acción.

retomada por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC)³⁶ y, en definitiva, inspiró la dictación en 1976 del Acta Constitucional N°3 (Decreto Ley N°1.552 de ese año), por la cual se consagró inicialmente. Luego, con un texto casi idéntico, pasó a estar contenida en el artículo 20 de la Constitución de 1980, hasta donde llega a nuestros días.

En efecto, en julio de 1972 los profesores de Derecho Internacional Jaime Navarrete Barrueto y de Derecho Administrativo Eduardo Soto Kloss redactaron un proyecto de reforma constitucional, el que presentado a tramitación por los entonces diputados Sergio Diez Urzúa y Mario Arnelo Romo, por el que se buscaba extender el amparo constitucional (es decir, el tradicional *habeas corpus*) a la protección de otros derechos constitucionales distintos a la libertad personal y seguridad individual³⁷.³⁸ La iniciativa contemplaba ya los elementos esenciales de lo que sería en definitiva la protección, pues consistía en agregar el siguiente inciso al artículo 11 del texto constitucional vigente en la época:

“Quienes por procedimientos, actos u omisiones arbitrarias o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera, sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de las acciones que se ejerciten ante los tribunales correspondientes. La Corte Suprema acordará lo necesario para la rapidez y eficacia de este procedimiento y del señalado en el Art. 16, los que estarán exentos de todo tributo”³⁹.

La iniciativa recién revisada, como se sabe, no prosperó pues su tramitación se vio interrumpida por el golpe de Estado de 1973 y la consiguiente clausura del Congreso Nacional. Con todo, la idea de implementarla fue tomada por la CENC, tal como manifestó poco tiempo después de su creación; y, en 1976, discutió y acordó en concreto la propuesta que en tal sentido hizo a la Junta de Gobierno⁴⁰. Así, fue finalmente positivada mediante el artículo 2° de la ya mencionada Acta Constitucional N°3,

³⁶ Como se sabe, la CENC fue la comisión formada por la Junta de Gobierno, para que propusiera un anteproyecto de Constitución que reemplazara la de 1925. Su creación y la designación de sus miembros originales realizó mediante el Decreto Supremo N°1064, del Ministerio de Justicia, de 12 de noviembre de 1973.

³⁷ SOTO (1982a), pp. 23-27; PFEFFER (2002), pp. 88-91.

³⁸ Paralelamente al texto de esta iniciativa, una Comisión del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile elaboró uno distinto; este consistía en la incorporación de un nuevo artículo 16 bis a la Constitución entonces vigente, por el que se ampliaba el *habeas corpus*, alcanzando a todo el catálogo de derechos garantizados por dicha Carta, aunque sin considerar a los particulares como posibles agraviantes y expresamente excluyendo como eventuales infractores al Congreso, al Tribunal Constitucional, al Tricel, al Poder Judicial y a la CGR. PFEFFER (2002), pp. 89-90.

³⁹ Texto extraído de SOTO (1982a), p. 481. El artículo 16 al que hace referencia el texto es el que consagraba el amparo constitucional.

⁴⁰ SOTO (1982a), pp. 28-33; PFEFFER (2002), pp. 91-96. La discusión sobre el “precepto que amplía el recurso de amparo” se realizó en las sesiones 214, 215 y 216 de la CENC, celebradas en mayo de 1976.

de 1976. En lo esencial, la acción quedó configurada de la misma manera, pues la norma mencionada (tras establecer un nuevo catálogo de derechos constitucionales en su artículo primero) la consagró de la siguiente forma:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 1º, N°s 1,3, inciso cuarto, 7,9,10, 11,12,14,15, inciso primero, 16,17,19, inciso final, 20, inciso séptimo; 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.
La Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso”.

Finalmente, la Constitución de 1980 estableció en forma definitiva la acción de protección, mediante su artículo 20, conservando, en lo esencial, la configuración que ya le había dado anteriormente el constituyente autoritario en 1976. Así, el texto actualmente vigente de dicha norma, como se sabe, es el siguiente:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”⁴¹.

⁴¹ El texto original de 1980 del artículo 20 en cuestión ha sido modificado en dos ocasiones: En 2005, mediante la Ley N°20.050, se modificó el inciso segundo, agregando la posibilidad que la conducta denunciada mediante la protección fuese omisiva y, además, eliminando el requisito de que fuese, copulativamente, arbitraria además de ilegal; luego, en 2011 y mediante la Ley N°20.516 –que añadió un nuevo inciso cuarto del artículo 3º constitucional- se cambió la referencia original por la que actualmente se hace al artículo 3º inciso quinto. Como se puede apreciar, en lo que interesa ahora ninguna de tales reformas resultan de relevancia, pues no alteran ni la naturaleza del procedimiento de protección ni los efectos de la sentencia que en éste se dicten.

En definitiva, como se ve los tres textos en cuestión –el del proyecto de reforma constitucional de 1972, el del Acta Constitucional N°3 y el definitivo de la Constitución - puede apreciarse que los elementos esenciales de la acción son los mismos. Las principales diferencias, como se ve, son:

- i. De la noción original del proyecto de 1972 de tutelar a quien fuera “perturbado o privado” del legítimo ejercicio de un derecho, el constituyente autoritario la amplió a la actual tríada “privación, perturbación o amenaza” para describir la conducta antijurídica;
- ii. De la tutela genérica de los derechos en el proyecto de 1972⁴², el constituyente finalmente pasó a restringir la protección, limitándola a la tutela de los derechos enumerados en la propia norma; y
- iii. El texto definitivo de la Constitución concede la acción respecto a vulneraciones a la igualdad ante la ley, lo que no sucedía en la norma del Acta Constitucional N°3⁴³.

Ahora bien, resulta claro que tales diferencias no modifican lo que se pueda en definitiva concluir sobre el objeto de estas páginas, esto es, sobre la naturaleza procesal de la acción de protección y, finalmente, sobre la procedencia la dictación por el tribunal que conoce de ella de una sentencia condenatoria de indemnización de perjuicios.

b. La acción de protección en el concepto de sus impulsores

Sin perjuicio de las reservas que pueda merecer en el caso chileno el recurso a las actas de la CENC, así como de un método “originalista” de interpretación de la Constitución⁴⁴, a fin de poder comprender de mejor manera los conceptos desarrollados posteriormente por jurisprudencia y la

⁴² En efecto, en el concepto de los autores de la iniciativa, tal como se desprende de su exposición de motivos, los derechos que se buscaba garantizar no sólo eran todos aquellos garantizados por la Constitución, salvo el de libertad personal, sino que ni siquiera se agotaban en ellos: esto, pues los redactores no sólo manifiestan su adhesión a un concepto iusnaturalista de los derechos (tal como más adelante hará la CENC en su Memorándum de noviembre de 1973) sino porque, en palabras de SOTO (1982a), p. 26, el catálogo constitucional no sería taxativo, pues “ha sido complementado por diversas normativas legales”. Una síntesis de las posiciones que llevaron a la CENC a restringir la protección a ciertos derechos se encuentra en SOTO (1982a), pp.35-36.

⁴³ CEA (1988), p. 318.

⁴⁴ Si ya es cuestionable el método originalista de interpretación constitucional, además en el caso chileno la CENC no fue una comisión constituyente, sino un órgano asesor encargado por la Junta de Gobierno para proponer un texto de anteproyecto de Constitución: así, sus actas no son una fuente de historia fidedigna, sino solo doctrina. Además, la CENC nació al alero de una dictadura, por lo que su debate no es representativo de una comunidad discutiendo sobre sus principios fundamentales, sino sólo de las posiciones de una fracción reducida de la comunidad. Ver ALDUNATE (2001), pp. 24-25.

doctrina cabe revisar lo que los impulsores de lo que ahora se conoce como acción de protección pretendían instaurar o, si se quiere, lo que entendían que estaban creando.

Si se revisan los textos disponibles en los que los impulsores dejaron constancia de sus motivaciones y sus ideas sobre lo que querían hacer, se puede ver que, en términos generales, todos ellos concuerdan en que el objetivo es consagrar una acción por la cual se tutelen derechos constitucionales distintos de la libertad personal, frente a agresiones cometidas tanto por autoridades públicas como por particulares, mediante un procedimiento sumarísimo que, en caso de ser acogida la acción, diese como resultado que el tribunal ordenase la restauración del estado de cosas anterior a la agresión. Las descripciones ofrecidas concuerdan, además, en que la intención es generar un procedimiento apto para resolver situaciones de urgencia de fácil determinación de los hechos por el tribunal, de modo de dejar a salvo los procedimientos de lato conocimiento para la resolución de litigios que requiriesen una tramitación más dilatada.

Así, de la lectura de la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional de 1972 se ve que sus autores, tras señalar cómo veían la necesidad de crear una vía procesal adecuada para dar “eficaz y rápida protección a todos los derechos, igualdades y libertades”, en relación a lo que aquí interesa señalaron lo siguiente:

“Si bien es cierto que los afectados pueden entablar las acciones civiles y criminales que correspondan ante los tribunales ordinarios para obtener remedio a la situación arbitraria o ilegal que los afecta, no es menos cierto que dichos procedimientos ordinarios son latos, como va dicho, y muchas veces es indispensable una acción inmediata para evitar daños irreparables al afectado, tanto en sus bienes o en sus derechos, que una indemnización pecuniaria posterior jamás puede subjetivamente reparar”⁴⁵.

De ese texto se ve que los autores de la iniciativa parecían avizorar la acción de protección no como un procedimiento que pudiese utilizarse para obtener cualquier pretensión vinculada a un derecho, sino sólo para reclamar aquellas que necesitasen de “una acción inmediata para evitar daños irreparables”, esto es, aquellos “que una indemnización pecuniaria posterior jamás puede subjetivamente reparar”.

En el mismo sentido, años después, Eduardo Soto Kloss, desarrollando la exposición de motivos del proyecto de 1972 destaca que de ella aparece que se hacía “indispensable un ‘procedimiento eficaz y brevísimo, paralelo al recurso de amparo’ y que permita al afectado ‘tener protección inmediata’

⁴⁵ Texto extraído de SOTO (1982a), pp. 25-26.

evitando daños mayores, los ‘que una indemnización pecuniaria posterior jamás puede subjetivamente reparar’⁴⁶.

Tal idea no variará sustancialmente una vez que la iniciativa fue hecha propia por la CENC. En efecto, dentro de la discusión que sus integrantes tuvieron sobre lo que culminó siendo el artículo 20 constitucional, se dio el debate sobre la relación del recurso de protección con los procedimientos que ya contemplaban la Constitución y las leyes relacionados con los mismos derechos fundamentales. Sobre tal asunto destaca la opinión de Enrique Ortúzar, quien señaló no ver un conflicto con los procedimientos previamente existentes pues, en sus palabras,

“(…) este es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado”⁴⁷.

Por su parte, Enrique Evans, exponiendo su concepto de lo que debía ser la protección como una acción distinta del amparo, señaló que:

“(…) no se interfiere para nada el funcionamiento de los tribunales en lo contencioso-administrativo, porque éstos tendrán jurisdicción cuando alguien vaya a reclamar después de ser protegido –por eso se llama recurso de protección–, solicitando que se sancione a la autoridad política o administrativa que se excedió y fue arbitraria al ordenar un allanamiento o violar correspondencia o efectos personales. Se podrá recurrir a la jurisdicción penal; en caso de que deba aplicarse una sanción administrativa, estarán los tribunales administrativos; si se trata de pedir indemnización, estarán los tribunales civiles o los administrativos, pero será un procedimiento de lato conocimiento”⁴⁸.

Luego, pone un ejemplo con el que grafica su punto de vista:

“Supongamos que el día de mañana se instala en la oficina de alguien un individuo que con orden de la autoridad política para revisar correspondencia y papeles personales, lo que primero interesa es que salga de esa oficina. Después se verá cómo actuar en contra del Intendente, el Gobernador, el Ministro, el Director General de un Servicio o quien haya sido el que procedió en forma arbitraria y se exigirán sanciones, indemnización y prestaciones ante las correspondientes competencias jurisdiccionales. Pero antes, interesa que la protección sea inmediata”⁴⁹.

⁴⁶ SOTO (1982a), p. 27.

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (S.F.), t. VI, p. 924.

⁴⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (S.F.), t. VI, p. 928.

⁴⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (S.F.), t. VI, pp. 928-929.

Posteriormente, el mismo Evans, ya vigente la Constitución de 1980, sintetizaría su concepto de la acción de protección en los siguientes términos:

“El recurso tiene por objeto impedir, de inmediato o a la mayor brevedad, un atentado a alguna de las garantías que cautela y restablecer los hechos en la situación anterior al atentado. Si el atentado es de tal envergadura o presenta tal complejidad en los hechos o en el derecho, el afectado por la ilegalidad o la arbitrariedad puede recurrir a una contienda judicial de lato conocimiento, por disponerlo así expresamente la parte final del artículo 20 de la Constitución”⁵⁰.

Por su parte, ya consagrada la acción mediante el Acta Constitucional N°3, Soto Kloss, sin ocultar su entusiasmo y en un sentido similar, señaló sobre la inédita acción que:

“Viene pues a ser un medio procesal de pronto remedio al agravio sufrido por una persona, por un acto o por una omisión antijurídica de un tercero sin que el ejercicio de él signifique una preclusión o caducidad de los derechos que tenga para hacerlos valer más latamente en un procedimiento diferente ante las magistraturas que correspondan”⁵¹.

Y luego, al preguntarse sobre qué implica la tutela del recurso, responde:

“Así planteada la situación es obviamente utilísimo que se estatuya un remedio procesal pronto y eficaz para restituir al agraviado en su *status* previo a la acción sufrida o a la amenaza de ella; y sobremanera respecto del agravio que ha sido producido por la autoridad administrativa. De este modo, toda persona (natural o jurídica) que se sienta agraviada podrá en tal caso acudir a la Corte de Apelaciones respectiva por medio de este recurso para que el tribunal conociendo de modo pronto adopte las providencias necesarias no sólo para el restablecimiento del imperio del Derecho, sino muy en especial para asegurar la debida protección del afectado”⁵².

Ya durante la vigencia de la Constitución de 1980, en la introducción de su libro monográfico de 1982 sobre el recurso de protección, el mismo autor destacó, respecto de sus alcances que:

“Si atendemos al sentido mismo del recurso de protección, a su contenido y a su finalidad, aparece de inmediato que si deja intactas las acciones y recursos existentes por vía general o especial para tutelar los derechos que pudieran haber sido amenazados, perturbados o cercenados a una persona o entidad (...), es porque se trata de un remedio que no puede ser ordinario, como tampoco puede sostenerse que sea de lato conocimiento”⁵³.

⁵⁰ EVANS (1986), t. II, p. 525.

⁵¹ SOTO (1976), p. 156.

⁵² SOTO (1976), p. 157.

⁵³ SOTO (1982a), p. 15.

Posteriormente, comentando las primeras sentencias dictadas sobre procedimientos de protección, el mismo Soto Kloss señalaba, defendiendo la compatibilidad de la acción constitucional con otras vías procesales, que:

“(…) el RP ha venido precisamente a integrarse al ordenamiento general como remedio extraordinario, complementario y no excluyente, breve y sumario y no lato y formal, ágil y expedito y complejo y [no] lato y tortuoso”⁵⁴.

Añade luego, tras poner algunos casos hipotéticos en que procedería la acción, hablando de la protección como una *acción cautelar*, que:

“(…) aparece clarísimo y más que obvio que ello exige que el ejercicio de esta acción cautelar sea ‘sin perjuicio de los demás derechos que (el agraviado) pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes’, pues resulta su corolario lógico e incluso imprescindible”⁵⁵.

Cierra el comentario, tras describir la protección como una “acción cautelar”⁵⁶ que “persigue una finalidad distinta y su naturaleza difiere enteramente de una acción ordinaria”⁵⁷, que en definitiva requiere para su procedencia que el agravio sea “notorio, o manifiesto, o bien perceptible de un modo fácil sin profundas disquisiciones teóricas o sesudas investigaciones o complejas pruebas”⁵⁸, poniendo algunos ejemplos de las providencias que podría tomar el tribunal que la acogiese en un caso concreto:

“(…) irá desde dejar sin efecto el acto agravante; suspenderlo en sus efectos –si creyere, v. gr. que la acción ordinaria prevista por el ordenamiento general, común, es más apta para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado; ordenar al ofensor que cese en su actuar antijurídico; ordenar al agravante que actúe si incurre en una omisión antijurídica, y que actúe en tal sentido; llamar a conciliación si estima que es la vía conveniente para acordar una solución justa; declarar el derecho que el agraviado posee y que éste en tal virtud acuda donde ha menester para el cumplimiento de este fallo, etc.”⁵⁹.

En una larga nota al pie en su libro de 1982, este autor expone de forma más detallada su concepto de la acción de protección; en dicha ocasión, en lugar de entenderla, como hizo en el texto recién citado, como una acción cautelar, expuso una descripción algo más sofisticada, en la que pretende distinguir la naturaleza de la acción de la naturaleza de las providencias ordenadas por el

⁵⁴ SOTO (1982b), p. 397.

⁵⁵ SOTO (1982b), p. 400.

⁵⁶ SOTO (1982b), p. 401.

⁵⁷ SOTO (1982b), p. 401.

⁵⁸ SOTO (1982b), p. 401.

⁵⁹ SOTO (1982b), p. 402.

tribunal que la acogiese. Así, señala que la protección sería “una *acción declarativa*, que persigue la declaración de un derecho o de una situación jurídica determinada, que sin son efectivos, luego de la comprobación de su existencia, serán así declarados en una sentencia por el Tribunal competente”⁶⁰; ahora bien, luego señala que el “pronunciamiento cautelar es consecuencia de esa declaración de antijuridicidad del acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero (...); es su cumplimiento, es el cumplimiento de esa sentencia declarativa”⁶¹. Su idea, en definitiva, consiste en que:

“(...) lo cautelar son las medidas de protección; medidas que el Tribunal, una vez declarada la antijuridicidad del acto u omisión agravante sufrida por un sujeto en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental suyo, deberá adoptar necesariamente para proteger en cumplida forma al afectado a quien se le ha acogido el RP deducido. Medidas de protección que son el cumplimiento de esa sentencia declarativa que declara dicha antijuridicidad, medidas y declaración que configuran un binomio inescindible en la estructura que el constituyente ha dado a esta acción de amparo”⁶².

Ahora bien, más allá de esta sofisticación del argumento, por la cual Soto Kloss entra en un debate que otros autores, como se verá a continuación, ya habían iniciado, de su exposición no se extrae que disienta en que, para situaciones que requieran de una cognición más completa por parte del tribunal, la vía idónea son los procedimientos de *lato conocimiento* que siempre resultan, en su concepto y como ya había expuesto⁶³, compatibles con el ejercicio de la protección.

3. LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

a. La jurisprudencia sobre la naturaleza de la acción de protección

Desde sus primeros años de vigencia los tribunales superiores fueron estableciendo su concepto sobre la cuestión de la naturaleza de la acción de protección, así como del problema consecuencial consistente en la determinación de los asuntos que pueden resolverse mediante este remedio procesal. De dicho ejercicio, el producto es la inclusión generalizada en las sentencias de protección de una

⁶⁰ SOTO (1982a), p. 489.

⁶¹ SOTO (1982a), p. 489.

⁶² SOTO (1982a), p. 489.

⁶³ SOTO (1982b).

especie de “considerando de estilo” que se encuentra actualmente con frecuencia, de un tenor igual o similar al siguiente:

“Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio”⁶⁴.

Dicha noción es el resultado de ideas que fueron desarrollándose a lo largo de los años. Así, por ejemplo, incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, la Corte Suprema comenzó a delinear la noción de que, dada la naturaleza de la protección, no es dable discutir y resolver mediante ella la ejecución o cumplimiento de una obligación contractual; ya en 1979 resolvió que correspondía rechazar una acción de protección por considerar que el cumplimiento de una obligación contractual era una “materia que por su naturaleza no es dable discutir y resolver en un recurso constitucional que tiene por objeto amparar a personas que se encuentran en la situación” de sufrir privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías señaladas en el Acta Constitucional N° 3 por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, debiendo plantearse la pretensión de los recurrentes “mediante el ejercicio de las acciones y ante los tribunales respectivos”⁶⁵.

En la misma línea y sobre la misma materia, pero refiriéndose a la protección por la que se impugnaba el rechazo de la recepción provisoria de una obra pública junto a la decisión de la Administración de poner término al contrato de construcción, años después la Corte de Puerto Montt explicaba con más claridad las razones por las que correspondía rechazar la acción:

“(…) los funcionarios recurridos han actuado en cumplimiento de expresas disposiciones reglamentarias, que los obligan a actuar como lo hicieron, en resguardo de los intereses del Fisco, lo que unido a las alegaciones que han formulado las partes se desprende de los autos que existen entre ellos discrepancias substanciales en relación al desarrollo y cumplimiento del contrato de construcción (...), las que deben ser resueltas en los procedimientos señalados por el Reglamento de Contratos de Obras Públicas, ante las autoridades correspondientes, y en un procedimiento de lato conocimiento, ya que por su naturaleza no es dable discutir y resolver, en un recurso como el intentado en autos, en que el ámbito de la acción cautelar que describe el art. 20 de la Constitución Política de la República, comprende solamente situaciones

⁶⁴ “MORA VEGA ALAN / SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL” (protección).

⁶⁵ “RENÉ VELÁSQUEZ F.” (1979)

inequívocas, de fácil y rápida comprobación, dentro de un procedimiento breve y sumario”⁶⁶.

Incluso más, la Corte Suprema posteriormente afirmó que no correspondía declarar la nulidad de oficio de un contrato que conociera el tribunal por la vía de la protección, en atención a la naturaleza de su procedimiento:

“Que el procedimiento que reglamentó mediante un Auto Acordado esta Corte Suprema para la tramitación y fallo del recurso de protección, por sus características de concentrado y sumario, impide que la Corte de Apelaciones pueda proceder de oficio a declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato, en el caso que autoriza el artículo 1.683 del Código Civil, si se tiene en consideración que la sentencia pueda afectar a terceros que ni siquiera han sido parte en la tramitación del recurso, lo que sí podrá declararse en juicio que se intente posteriormente como lo autoriza el precepto constitucional”⁶⁷.

Por otro lado, a propósito de acciones dirigidas a reprimir actuaciones de particulares que importaban una auténtica autotutela, la jurisprudencia fue definiendo la idea de que la protección estaba destinada a la mantención del *statu quo*, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren la mantención regular del orden jurídico. En tal sentido, en 1980, resolviendo una protección motivada por la invasión por un vecino de parte de un predio rural:

“Que, como se ve el texto constitucional que crea el recurso de protección tiene por función primordial restablecer el imperio del derecho, es decir, recuperar el orden jurídico cuando éste se altera a causa de actos arbitrarios que perturben o amenacen el ejercicio legítimo de un derecho garantizado por la Carta Fundamental”⁶⁸.

La misma idea fue reiterada años después, con ocasión de acciones que, ante la discordancia entre las partes sobre la titularidad del derecho de uso y goce sobre predios agrícolas, denunciaban la tomas por la fuerza por quienes no estaban en la tenencia material de los inmuebles⁶⁹. Ello tiene sustento en la idea más general desarrollada por la jurisprudencia, en orden a que la protección fue establecida para servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a violaciones de derechos que fuesen manifiestas, noción que consta en sentencias referidas a los más variados conflictos planteados por vía de protección: por ejemplo, ante la negativa de la entonces Asociación Central de Fútbol a inscribir el *pase* de un jugador⁷⁰; ante la remodelación por parte de un banco de parte de un

⁶⁶ “JIMÉNEZ BROUSSAIN, FÉLIX CON OJEDA CALDERÓN, EDGARDO Y OTROS” (1987)

⁶⁷ “SECRETARIO REGIONAL DE BIENES NACIONALES” (1990).

⁶⁸ “SOCIEDAD AGRÍCOLA FORESTAL LOS CHENQUES LIMITADA” (1980).

⁶⁹ “SOUBELET, VERA RENATO CON SÁEZ IGLESIAS, MARIO” (1983) y “CARRASCO SOTO, IRENIA CON CÁRDENAS, ENRIQUE Y OTROS” (1985).

⁷⁰ “CLUB AUDAX SPORTIVO ITALIANO” (1982).

edificio urbano sin que se hayan consentido las obras por la comunidad de copropietarios⁷¹; ante el uso no autorizado del nombre e imagen de futbolistas profesionales en un álbum de láminas coleccionables⁷²; o ante la exigencia a su propietario por parte de una municipalidad de reparar un inmueble que tenía la calidad de monumento nacional, pese a que dicha reparación resultaba materialmente imposible. En esta última ocasión, la Corte de Apelaciones de Santiago explicó que:

“Conviene, no obstante, esclarecer que la naturaleza del recurso de protección es meramente cautelar, destinado a hacer cesar los efectos del acto arbitrario y establecer la situación, de hecho y jurídica, a la que era antes de su comisión: *statu quo ante*; de suerte que esta acción constitucional ni es de condena, ni, menos, constitutiva, dejando –precisamente- al interesado en facultad de proveer al cuidado de sus derechos mediante el ejercicio de las que crea tener para provocar, en el caso presente, la decisión de la autoridad, bien sea ésta la Municipalidad o el COMONAC, en orden a conseguir la demolición del inmueble ruinoso”⁷³.

Como consecuencia de esta noción, la jurisprudencia fue afirmando que, por sus características, la protección no era la vía procesal idónea para pretender la declaración o constitución de derechos. Así, ya en 1983 se resolvía:

“Que la finalidad propia del recurso de protección es la de restablecer la vigencia del Derecho, reaccionando frente a una situación anormal y evidente que atenta contra alguna de las garantías que establece la Constitución. Se trata de una acción cautelar de origen constitucional, que protege a los individuos mediante ciertas providencias que evitan los efectos del acto arbitrario o ilegal que haya amagado un derecho indiscutido y palmario; pero en ningún caso puede tener por objeto la declaración o constitución de derechos, en atención a la naturaleza misma de la institución –protectiva-, a las circunstancias procesales en que se desenvuelve el conflicto: ausencia de oportunidades adecuadas para la producción y crítica de la prueba y para un fallo debidamente informado y tranquilamente meditado; también a la finalidad del llamado recurso de protección, que es la adopción de medidas de seguridad y tutela, y finalmente, al limitado efecto de cosa juzgada formal que tiene la sentencia que lo resuelve”⁷⁴.

Además, los tribunales han manifestado ser conscientes de las limitaciones impuestas por las características procesales de la protección, buscando delimitar, en consecuencia, sus fines y posibilidades. Así, en 2001 la Corte de Santiago afirmaba, al rechazar una acción por no ser evidentes sus fundamentos fácticos:

⁷¹ “PFEFFER PIZARRO, EMILIO” (1982).

⁷² “CASZELY GARRIDO, CARLOS Y OTROS CON SALO EDITORES LIMITADA” (1982).

⁷³ “BANCO HIPOTECARIO INTERNACIONAL FINANCIERO CON DIRECTOR DE OBRAS DE LA MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO” (1990).

⁷⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1983).

“Que la acción de protección constitucional ha sido establecida para poner término a toda arbitrariedad o ilegalidad que vulnere alguna de las garantías referidas en el artículo 20 de la Carta Fundamental. En este contexto y marco fijado por el Constituyente la arbitrariedad o ilegalidad debe aparecer de manifiesto y no basarse en meras afirmaciones, conjeturas o apreciaciones carentes de sustento o precisión”⁷⁵.

En un sentido similar, más recientemente se ha afirmado que:

“(…) la tramitación del recurso, pensada para resolver situaciones evidentes y apremiantes de vulneración de derechos constitucionalmente garantizados, no provee a la recurrida de las garantías propias de un justo procedimiento para hacer valer sus defensas. De esta forma, so pretexto del restablecimiento del imperio del derecho la recurrida puede ver quebrantados en sede de protección los derechos que le corresponden, si se tiene en cuenta que no estamos frente a un asunto palmario e imperioso”⁷⁶.

Así, las ideas plasmadas por los tribunales superiores y especialmente por la Corte Suprema sobre la finalidad y la naturaleza de la acción de protección durante su vigencia han desembocado en el concepto que parece tener actualmente la judicatura de la acción, manifestada en una sentencia de 2016 en los siguientes términos:

“(…) la finalidad propia del recurso de protección es la de restablecer la vigencia del derecho, reaccionando frente a una situación anormal y evidente que atenta contra alguna de las garantías que establece la Carta Fundamental. Ciertamente, se trata de una acción cautelar de origen constitucional que protege a los individuos mediante determinadas providencias que evitan los efectos del acto arbitrario e ilegal que haya amagado un derecho indiscutido y evidente”⁷⁷.

Este concepto parece tan arraigado, que incluso aparece en algún caso en el que se accede a la pretensión del actor, cuando a juicio de la minoría de la sala que conoce del asunto la acción debía de ser rechazada por no aparecer de forma manifiesta su procedencia. Así, por ejemplo, los ministros de la Corte Suprema Egnem y Aránguiz sostuvieron, argumentando que debía ser rechazada una protección presentada por el adjudicatario de la construcción de una obra pública, quien recurría contra la negativa de recepción definitiva:

“(…) teniendo únicamente presente para ello que no es posible soslayar que la presente acción constitucional constituye una medida de tutela urgente consagrada para proporcionar remedio pronto y eficaz frente a las vulneraciones que experimente el ciudadano en relación a sus derechos constitucionales y garantías que contempla el artículo 20 de la Carta Fundamental, y ello a raíz de

⁷⁵ “RODRÍGUEZ GALLARDO JORGE Y OTROS CON TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE Y OTROS” (2001).

⁷⁶ “ADA DEL CARMEN NÚÑEZ CORDERO / CAJA DE COMPENSACIÓN LOS ANDES” (2016).

⁷⁷ “ADA DEL CARMEN NÚÑEZ CORDERO / CAJA DE COMPENSACIÓN LOS ANDES” (2016). Cabe asumir que donde dice “arbitrario e ilegal” los sentenciadores querían decir “arbitrario o ilegal”.

una acción u omisión que –y para lo que interesa a este recurso-, sea a todas luces ilegal, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente. Lo anterior no puede, sin embargo significar o pretender que esta acción cautelar sea utilizada para sustituir los procedimientos ordinarios o especiales previstos en la legislación para la sustanciación y resolución del fondo del conflicto, así como tampoco que se la erija en una vía paralela de aquéllos, más aún si, como ocurre en la especie, se estableció un mecanismo de reclamación de las cuestiones técnicas o de interpretación de las cláusulas contractuales ante el ITO o por medio de la unidad jurídica de la Municipalidad de Fresia, respectivamente, tal como aparece reglado en el numeral 13.5 de las Bases Administrativas Generales”⁷⁸.

Puede verse, entonces, que la jurisprudencia entiende la protección como una acción cautelar, destinada a proteger la vigencia efectiva de los derechos constitucionales señalados en el artículo 20 constitucional; mas, dada su naturaleza cautelar y el carácter sumarísimo de su procedimiento, procede sólo en casos en que la titularidad del derecho del actor resulta clara y la vulneración, perturbación o amenaza aparece de forma manifiesta; o, en las palabras de Miriam Henríquez:

“La línea jurisprudencial asentada exige que para acoger la acción de protección, debe constatarse el carácter preexistente e indubitado del derecho afectado, es decir, que el mismo no se encuentre discutido. Esto, por cuanto la controversia sobre el derecho supondría un procedimiento de lato conocimiento que es incompatible con el carácter cautelar de la acción de protección”⁷⁹.

b. Los primeros comentarios de la doctrina sobre la naturaleza de la protección

También la doctrina, desde los primeros momentos de vigencia de la acción, comenzó a buscar definirla y caracterizarla. Así, explorando las “características procesales del recurso”, tempranamente Miguel Otero le daba una naturaleza cautelar. Así, decía que la protección:

“No conlleva pretensión en contra de persona determinada. No persigue la responsabilidad civil ni penal del ofensor, por lo cual no da origen a una contienda civil entre partes ni da origen a un proceso penal. Es una acción cautelar cuyo objeto es impetrar de la Corte de Apelaciones respectiva el cumplimiento del

⁷⁸ “HERNÁNDEZ CON MUNICIPALIDAD DE FRESIA” (2017).

⁷⁹ HENRÍQUEZ (2018), p. 39.

mandato constitucional de ‘servir de guardián de los derechos garantizados constitucionalmente’⁸⁰.

Por su parte, Pedro Pierry, frente al entusiasmo de quienes veían que la protección importaba el “establecimiento de lo contencioso administrativo y la definitiva solución a esta omisión que se arrastra desde 1925”⁸¹, contesta que el naciente recurso “no ha sido creado para cubrir todo lo contencioso administrativo”, por cuanto “el conocimiento de estas materias es un problema técnico de envergadura que no puede ser resuelto positivamente con un procedimiento tan simple”. Así:

“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”⁸².

Luego, destaca que, dado que los actos administrativos, en virtud del “principio de ejecutividad” se presumen legítimos, “mientras un tribunal no procesa a su anulación, no puede entenderse que no se encuentre vigente el imperio del derecho”⁸³. Por ello, razona, que la protección sólo procedería:

“(…) 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”⁸⁴.

En otras palabras –y de forma similar a la vía de hecho o *voie de fait* francesa- la protección procedería respecto de actos de la Administración de una irregularidad tan manifiesta o tan grave, “que el acto no puede unirse a ninguna acción legal o constitucional, ni siquiera por un vínculo discutible”⁸⁵. En consecuencia, concluye la acción de protección procedería:

- En el caso de actos administrativos, “contra aquellos actos que no son susceptibles de ligarse a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario”, es decir, “una vía de hecho”⁸⁶; actos “que por su extraordinaria ilegalidad o arbitrariedad, no pueden encontrarse amparados por

⁸⁰ OTERO (1977), p. 222.

⁸¹ PIERRY (1977), p. 155, refiriéndose a SOTO (1976).

⁸² PIERRY (1977), p. 157.

⁸³ PIERRY (1977), p. 158.

⁸⁴ PIERRY (1977), p. 159.

⁸⁵ PIERRY (1977), p. 160.

⁸⁶ PIERRY (1977), p. 164.

la presunción de legitimidad de los actos administrativos”⁸⁷. Además, contra actos “dictados por órganos o autoridades manifiestamente incompetentes”⁸⁸;

- En el caso de la actividad material de la Administración, en los casos en que se ejecuta un acto que se ha extinguido o desaparecido; de la ejecución basada en un acto cuyo objeto es diferente de aquel de la ejecución; y de la actividad material en que no existe ningún acto administrativo previo (salvo que así lo autorizara un texto legal o reglamentario)⁸⁹;
- En el caso que la Administración cometa una manifiesta ilegalidad en el procedimiento empleado para la ejecución de un acto administrativo legal⁹⁰; y
- En el caso de las omisiones de la Administración, cuando ella importe una manifiesta arbitrariedad, “que desnaturalice su inactividad”⁹¹; así: cuando vence el plazo fijado por la ley para actuar; cuando se incumplen resoluciones judiciales; cuando se incumplen dictámenes de la Contraloría General de la República; y cuando se incumplen órdenes o actos de órganos superiores⁹².

En definitiva, como se ve, dada su naturaleza breve y sumarásima, la protección —en lo que atañe especialmente a la actividad administrativa— sólo procedería respecto de actos u omisiones cuya ilegalidad o arbitrariedad fuesen manifiestas, evidentes; *contrario sensu*, no procedería respecto de actuaciones cuya legalidad o arbitrariedad requiriese de una discusión mayor, especialmente si se tuviera que rendir prueba para que el tribunal pudiese resolver debidamente el asunto.

En una línea similar y comentando las ideas de Pierry, Schiessler comentó que, si el constituyente buscase consagrar, para el caso de actuaciones de la Administración, que la protección procediese sólo respecto de actos u omisiones de “ilegalidad manifiesta”, sería conveniente que lo explicitase⁹³; con todo, tomando posición, señaló que el ideal es que “el recurso no debería ser procedente sino cuando la inconstitucionalidad o ilegalidad fueran manifiestas, de manera que cuando sea necesario para establecerla o acreditarla un mayor debate o prueba o la cuestión promovida fuera dudosa no debe ser acogido el recurso”⁹⁴.

⁸⁷ PIERRY (1977), p. 164.

⁸⁸ PIERRY (1977), p. 165.

⁸⁹ PIERRY (1977), p. 167.

⁹⁰ PIERRY (1977), p. 168.

⁹¹ PIERRY (1977), p. 171.

⁹² PIERRY (1977), p. 171.

⁹³ SCHIESSLER (1979), p. 353.

⁹⁴ SCHIESSLER (1979), p. 357.

En un sentido contrario, Soto Kloss destacaba cómo ya en 1978 la Corte Suprema había resuelto mediante sentencias de protección asuntos complejos, sin sostener, como lo habían hecho algunas cortes de apelaciones, “que por tratarse de asuntos c/a [contencioso-administrativos] requieren del conocimiento de una vía más ordinaria”⁹⁵. Luego, destacaba:

“Y lo que creemos más notable, y debe señalarse, es que la CS no se ha dejado embarcar en peregrinas teorías –injertos extranjerizantes- que pretendían que este RP sólo procedería ante errores sólo manifiestos, o vías de hechos, cometidos por la Administración; restringir esta vía tutelar a los solos actos administrativos groseramente ilegales o manifiestamente arbitrarios ya sería minimizar de tal manera al RP que pronto llegaría a ser únicamente una curiosidad jurídica”⁹⁶.

Como se habrá notado, los primeros comentaristas de la acción, aun con algunas notas diferenciadoras, concordaron en valorar la protección como un remedio eficaz y rápido para tutelar los derechos constitucionales; pero, asimismo, dadas las características de su procedimiento, rápidamente se argumentó que no era apto para la solución de cualquier conflicto en que se discutiese la vulneración de un derecho fundamental, fuese porque se la consideró una acción cautelar o porque su extrema concentración no permitiría al tribunal resolver sino ilegalidades o arbitrariedades manifiestas. Contra esas ideas se levantó Soto Kloss –como se anotó, uno de los grandes impulsores de la acción- pero, como se verá a continuación, en esta particular materia la tendencia de la evolución de la doctrina no necesariamente lo seguirá.

c. La doctrina sobre la acción de protección en democracia

En línea con lo que la jurisprudencia, como se anotó más arriba, ha señalado sobre la protección, buena parte de la doctrina más cercana a nuestros días la ha descrito como una acción cautelar de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Así, Verdugo, Pfeffer y Nogueira, definieron la protección como “una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que

⁹⁵ SOTO (1978), p. 10. El autor, en nota al pie, da a entender que le responde a Pierry, aunque sin nombrarlo y con cierta animosidad, al decir sobre lo que contestaba: “Tal parecería ser el criterio de algunos abogados fiscales, que verían así ciertamente disminuir su trabajo, pero a costa –por desgracia- de la indefensión del ciudadano y de una clara denegación de justicia”.

⁹⁶ SOTO (1978), p. 10.

pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares”⁹⁷.

En el mismo sentido, José Luis Cea, explicando por qué la protección no sería un recurso, señala que ésta, no siendo un medio destinado a enmendar o invalidar resoluciones judiciales, “se trata de una medida cautelar, o sea, de una acción procesal destinada a tutelar o resguardar el ejercicio legítimo de cierto derecho fundamental”⁹⁸.

Sintetizando este concepto, Pfeffer explica que:

“En su naturaleza jurídica se lo ha entendido como una acción específica, de emergencia, con un procedimiento rápido e informal, que requiere, por tanto, que el derecho que se dice conculcado sea “legítimo”, es decir, que se funde en claras situaciones de facto que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho. De allí que se haya sostenido que es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo que son de lato conocimiento, ya que se está frente a una acción cautelar que tiene por objeto solucionar prontamente situaciones de hecho que en un momento determinado sean alteradas, o amenazadas de serlo, por un tercero, en perjuicio de la persona que lo entabla, sin otros requisitos que actuar dentro del plazo (...), y siempre que las garantías estén especialmente protegidas por la Constitución y cuando el recurrido haya actuado ilegal o arbitrariamente.

Considerando entonces la naturaleza cautelar, no contradictoria o bilateral y sumaria del recurso, el ámbito de su aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad son evidentes”⁹⁹.

Frente a tal tendencia, otros autores cuestionaron que la protección tuviese la naturaleza de una acción cautelar; en su lugar la protección sería un procedimiento de urgencia. Así, Enrique Paillás argumentaba que:

“Se dice en sentencias y estudios monográficos que el recurso de protección es una medida cautelar en atención a que no produce cosa juzgada material, pues el artículo 20 dispone que la sentencia que se dicte es ‘sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (la parte interesada) ante la autoridad o los tribunales correspondientes’. Se piensa que tendría un carácter provisional, o sea, no definitivo, como si fuese una medida precautoria que únicamente asegura el resultado de una acción principal.

(...) [E]llo significaría que el alcance y efectos de la sentencia que se dicte van a quedar limitados. En las medidas precautorias la parte que obtiene una decisión favorable no incorpora a su patrimonio un derecho permanente, sino que adquiere una garantía que es accesoria y todo depende del resultado de un juicio principal, que no puede faltar.

⁹⁷ VERDUGO *et. al.* (1994), p. 332.

⁹⁸ CEA (2004), p. 643.

⁹⁹ PFEFFER (2002), p. 97.

Si el recurso de protección no es una acción cautelar sino una acción principal, ello quiere decir que la sentencia que se dicte producirá efectos permanentes, dando un derecho a la parte vencedora”¹⁰⁰.

Añadía luego que:

“(…) Así como los procedimientos posesorios no tienen índole instrumental y en ellos hay la posibilidad de intentar posteriormente otras acciones, la de protección es un juicio autónomo, no subordinado a la existencia de un litigio ulterior. La formación futura de éste es asunto contingente”¹⁰¹.

Por ello, Paillás concluía que la protección no tiene un carácter cautelar, “sino de una acción autónoma destinada a poner término a una instancia resolviendo la cuestión litigiosa planteada, sin perjuicio del carácter provisional”¹⁰². Ahora bien, esto no importa que los conflictos hábiles de ser resueltos mediante el ejercicio de la protección se extendiesen a asuntos que requiriesen un estudio profundo de los hechos o la titularidad de los derechos pretendidos por las partes. En efecto, tratando el asunto de la competencia del tribunal para conocer de la protección el mismo autor señalaba que:

“No basta que existan actos u omisiones arbitrarios o ilegales, ya sea que se cometan por una vía de hecho o desconociendo un derecho indudable o no seriamente controvertible. Es preciso también que haya urgencia, porque, de otro modo, no habría razón para seguir un procedimiento tan breve y privar al demandado de medios de defensa que pudiera hacer valer en un juicio de lato conocimiento.

El equilibrio, pues, de estos dos factores es lo que condiciona la competencia del tribunal de protección y eso queda entregado a su apreciación”¹⁰³.

Oponiéndose también a la idea de que la protección es una acción cautelar, Ferrada, Bordalí y Cazor argumentaron que la protección es “un proceso sumario, es decir, un proceso de cognición reducida que genera el efecto de cosa juzgada formal”¹⁰⁴. Profundizando en la idea, Bordalí sostiene que ésta es “un especial tipo de proceso sumario, en cuanto proceso de urgencia que produce cosa juzgada formal, similar a los juicios sumarios posesorios o interdictos posesorios que regula nuestro Código de Procedimiento Civil”¹⁰⁵.

Por su parte, Francisco Zúñiga entiende que la naturaleza cautelar de la protección no la hace necesariamente accesoria a otro procedimiento, de forma que se la puede concebir como una acción

¹⁰⁰ PAILLÁS (1990), p. 74.

¹⁰¹ PAILLÁS (1990), pp. 76-77.

¹⁰² PAILLÁS (1990), pp. 76.

¹⁰³ PAILLÁS (1990), p. 85.

¹⁰⁴ FERRADA et al. (2003), p. 76.

¹⁰⁵ BORDALÍ (2004), p. 286.

cautelar a la vez que autónoma¹⁰⁶, de forma que la eficacia de su sentencia no estaba supeditada a un procedimiento ulterior. Así, define la protección como:

“(…) una acción-proceso de naturaleza cautelar, pero autónoma, no instrumental o accesoria a un proceso de declaración o ejecución definitivo [cuya sentencia produce el efecto de cosa juzgada formal] dado que teóricamente el fallador debe restablecer el status quo, el imperio del derecho subjetivo lesionado, dejando a salvo las cuestiones de lato conocimiento que pudieren suscitarse en el recurso, y que se ventilarán en sede de juicio ordinario o juicios especiales, o de recursos administrativos, si los hubiere”¹⁰⁷.

Ahora, si bien entender la protección como una acción cautelar autónoma o como un procedimiento sumario de urgencia tiene consecuencias prácticas innegables como, por ejemplo, el consecuencial carácter unilateral o contradictorio del procedimiento, lo cierto es que ello no hace variar la idea de que mediante estos procedimientos no es posible entrar a determinar materias que requieren necesariamente de un conocimiento lato.

Por lo demás, ambas categorías tienen una raíz común. En efecto, los procedimientos urgentes tienen su origen histórico en la doctrina clásica de las medidas cautelares, es decir, aquellas destinadas a asegurar la eficacia de una sentencia futura durante la tramitación de un procedimiento. Primero surgieron las medidas cautelares y sólo con el tiempo nacieron otras formas procesales que desbordaron tal noción, pues:

“(…) ya no se trataba sólo de asegurar la eficacia de un proceso principal, sino de dar soluciones autónomas. Además, ya no se trataba solamente de dar facultades especiales al juez sino de establecer todo un procedimiento especial, diferente de los existentes. Y en todos ellos observamos estos mismos fundamentos, es decir el reconocimiento de una situación de peligro que amerita una solución rápida, para lograr una justicia eficaz. Como por ejemplo la figura del référé en Francia, la medida autosatisfactiva en Argentina o la figura del amparo iberoamericano, etc.”¹⁰⁸.

Además, si se entiende la protección como una acción cautelar autónoma, tendrá que requerirse para su procedencia de la necesidad de intervención de la judicatura para evitar un daño irreparable; y, si se la entiende como un procedimiento de urgencia, tendrá que exigírsele como requisito la urgencia, tal como hacía Paillás. Así, por ejemplo Peña, tras argumentar que la protección tiene la naturaleza de una tutela de urgencia, concluye que:

¹⁰⁶ Posición expresamente discutida por BORDALÍ (2004), pp. 281-287.

¹⁰⁷ ZÚÑIGA (1997), pp. 108-109.

¹⁰⁸ PEÑA (2009), pp. 218-219.

“Nuestro recurso de protección, corresponde a lo que en el contexto iberoamericano se conoce como amparo, y siendo así procede en los supuestos antes mencionados, cuando exista peligro para un derecho fundamental y la conducta atentatoria adolezca de ilegitimidad manifiesta y ostensible”¹⁰⁹.

Varios años antes, tras coincidir en señalar que la protección se enmarca dentro de los procedimientos de urgencia, como lo serían los amparos latinoamericanos, Jana y Marín señalaban, estudiando la procedencia de la protección para amparar derechos contractuales, que:

“(…) nuestros tribunales, en muchos casos, han actuado precisamente en aquellas situaciones en que estos procedimientos operan: por una parte, evitando las actuaciones de facto que alteran el normal desenvolvimiento del ordenamiento jurídico, y por la otra, dando, a partir de la solución de fondo del asunto, una solución allí donde aparecía que una acción rápida y eficaz era esencial para impedir que un derecho contractual perdiera su eficacia o se causara un mal irreparable al contratante. En otras palabras, se ha actuado cuando ha existido urgencia en dar una solución al conflicto y se ha rechazado cuando estos elementos no han concurrido”¹¹⁰.

En otras palabras, no es la definición de la protección como acción cautelar autónoma o como sumario de urgencia lo que determina si es posible o no declarar o constituir derechos mediante su resolución, sino las características brevísimas de su procedimiento. Por ello, Barros afirmó que:

“Ante todo, la acción de protección, a diferencia de lo que sostiene alguna opinión doctrinaria, carece de carácter declarativo. Conociendo de la acción de protección, el tribunal no dispone de los medios para agotar el conocimiento del asunto y la urgencia con que el caso debe ser decidido. Por lo general el procedimiento es incompatible con un sopesamiento de todos los antecedentes de hecho y de derecho que inciden en el caso”¹¹¹.

Por eso, a fin de no desvirtuar su sentido, debe advertirse, con Navarro, que:

“El recurso de protección no debe transformarse en un sustituto de las acciones ordinarias sino que, por el contrario, su interposición debe circunscribirse exclusivamente para el caso que flagrantemente se hayan desconocido derechos personales a alguna de las partes o un tercero –sea autoridad o particular- pretenda aplicar justicia por sí mismo”¹¹².

Ahora bien, por cierto en una situación como la nuestra, en la que no contamos con un procedimiento contencioso administrativo general, la tentación de recurrir a la protección como vía de impugnación de actuaciones administrativas, aún cuando no se está ante situaciones manifiestas,

¹⁰⁹ PEÑA (2009), p. 239.

¹¹⁰ JANA Y MARÍN (1994), p. 15.

¹¹¹ BARROS (1996), p. 333.

¹¹² NAVARRO (2002), p. 67.

es grande; y así por lo demás lo demuestran los actuales números de ingresos de protecciones¹¹³. Ya así se hacía la advertencia hace 22 años:

“(…) si bien se ha logrado este significativo avance [un amparo eficaz] en el resguardo de las garantías constitucionales, por otra parte se ha efectuado un abuso desmedido de este recurso, pretendiéndose por esta vía eminentemente sumaria cautelar, zanjar situaciones jurídicas de suyo complicadas y materia de juicios de lato conocimiento”¹¹⁴.

En definitiva, ya sea que se tome partido por una u otra de las concepciones doctrinarias sobre la acción de protección, en cualquier caso a la vez se tendrá que concordar con Aldunate en que:

“(…) el recurso de protección es un instrumento que, bien aplicado, constituye un notable avance en materia de protección a los derechos de las personas. En su práctica durante 20 años, sin embargo, ha servido incluso para limitar derechos constitucionales sin las mínimas garantías de un debido proceso (derechos de libertad de expresión, derecho de propiedad, libertad económica). Pero, más grave aún para el punto de que se trata aquí, el fácil acceso a la justicia de protección lo ha ido transformando en una acción ordinaria, o la acción ordinaria por excelencia, a la cual ningún abogado dejaría de recurrir si se trata de agotar las posibilidades de éxito en la defensa de su cliente”¹¹⁵.

Luego, parece quedar claro que, más allá de las discusiones doctrinarias contemporáneas sobre la naturaleza y los límites de la acción de protección como remedio procesal de tutela de derechos fundamentales, no es la vía idónea para demandar la declaración o la constitución de derechos y, en general, para alcanzar pretensiones que requieran de un procedimiento de lato conocimiento; al menos no mientras la regulación del procedimiento de protección –establecido prácticamente en su totalidad en el Auto Acordado respectivo de la Corte Suprema– no sea enmendada para permitir garantizar, a la vez que la tutela rápida de los derechos vulnerados, una suficiente capacidad de defensa de los recurridos y la oportunidad del tribunal de poder entrar a conocer de los hechos de forma adecuada¹¹⁶.

¹¹³ De acuerdo al Poder Judicial, en 2018 la Corte Suprema tuvo 21.684 ingresos correspondientes a apelaciones de protección, de un total de 33.486 causas; es decir, casi el 65% de los ingresos del año. PODER JUDICIAL (2019).

¹¹⁴ FERNÁNDEZ (1997), p. 38.

¹¹⁵ ALDUNATE (2001), p. 31.

¹¹⁶ Ver BORDALÍ (2004), pp. 287-288.

4. LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE COMO CUESTIÓN DE LATO CONOCIMIENTO

Ahora bien, visto ya el asunto sobre cómo la doctrina y la jurisprudencia tradicional han conceptualizado la acción de protección –dejando en claro que, más allá de las divergencias sobre la clasificación de la acción, mediante ella no sería posible perseguir pretensiones que requieran de cognición lata- conviene revisar si acaso la reparabilidad del lucro cesante es o no un asunto de lato conocimiento.

Antes de continuar, cabe reiterar que la jurisprudencia cuyo estudio ocupa estas páginas condena a la Administración al pago de remuneraciones a funcionarios públicos por prestaciones no realizadas, pero que previsiblemente se habrían prestado de no ocurrir una desvinculación declarada arbitraria y/o ilegal por la judicatura. Si se utiliza la terminología tradicional (pese a que no es usada por las sentencias que forman esta jurisprudencia), se diría que en estos casos se condena a la Administración a pagar al funcionario una indemnización por lucro cesante.

Haciendo la reserva de que el concepto de lucro cesante es propio de la doctrina del derecho privado y no de la del derecho administrativo (rama a la que corresponde la regulación de la función pública), lo cierto es que, no ofreciendo aún esta disciplina un sistema completo, estamos obligados a recurrir a los elementos de aquél en algunas situaciones¹¹⁷. Incluso desde la posición más radical sobre la separación de los sistemas del derecho público y del derecho privado se reconoce que, desde los orígenes de aquél se ha debido recurrir a las teorizaciones más probadas del derecho civil para explicar y sentar las bases de su propio desarrollo, por lo que para explicar la naturaleza de la responsabilidad administrativa se recurrió desde el inicio de la disciplina a la teoría civil de la responsabilidad por daños¹¹⁸. Actuando a continuación de la misma manera, se partirá por revisar algunos elementos generales del lucro cesante ya asentados en la doctrina civil, para luego buscar aplicarlos a la situación de las desvinculaciones de funcionarios, propias del derecho administrativo.

En el contexto del derecho privado y contemplándose la obligación de reparar el lucro cesante en el artículo 1556 del Código Civil, pero sin definírselo, resulta útil al propósito de estas líneas usar el concepto ofrecido por la Corte Suprema, esto es, el de “utilidad que ha dejado de percibir el

¹¹⁷ Ver MARTÍN-RETORTILLO (1996), p. 33.

¹¹⁸ VERGARA (2009), p. 62.

acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación, o, dicho de otro modo, es la ganancia frustrada sobre la base de lo que probablemente habría ganado el acreedor”¹¹⁹.

Luego, el elemento central del concepto consiste en una ganancia esperada, no cierta: el juez, al momento de resolver de una demanda por lucro cesante, podrá conocer con alguna certeza los hechos que ocurrieron, pero tendrá que determinar qué tan probable es que esa ganancia se hubiese producido de haberse cumplido cabal y oportunamente la obligación por el deudor; esto, pues “una ganancia esperada nunca será absolutamente cierta; siempre existe la posibilidad de que algún sorpresivo obstáculo lo malogre”¹²⁰. Por ello, para que una ganancia esperable y frustrada conquiste la calificación de indemnizable deberá cumplir con una serie de requisitos que el derecho prevé para ello: “Ha de pedirse, pues, un grado razonable de certeza, equivalente a una sólida probabilidad, que se traduce en una composición de los extremos y que se reflejará en la prueba”¹²¹.

Ello, que en términos abstractos puede parecer simple, se torna más complejo cuando se enfrenta a las infinitas situaciones concretas de la vida real. Así:

“(…) siempre será menester distinguir entre aquellas ganancias que pueden ser obtenidas de una sola vez en un momento cercano al incumplimiento, como sería la pérdida de una venta; de aquellas que pueden ser proyectadas hacia el futuro de modo continuado y sin límites temporales, como el alquiler de un inmueble. En este último caso, incluso utilizando el referido criterio de razonable probabilidad, surge la dificultad de establecer hasta cuándo se proyectará ese daño hacia el futuro, pues no parece adecuado que el deudor tenga que garantizar perpetuamente al acreedor la obtención de ganancias, aunque estas sean ciertas, altamente probables y hayan sido previsibles. En esta materia, entran en juego conceptos del nuevo derecho de los contratos que operarán como límites temporales al lucro cesante, a saber: el fin de protección del contrato, el deber de mitigar el daño y la posibilidad del acreedor de ejercer otros remedios diversos a la indemnización de perjuicios”¹²².

Pues bien, uno de los elementos cuya prueba resulta compleja para la determinación de la obligación de indemnizar el lucro cesante es el llamado “curso normal de los acontecimientos”, pues:

“(…) para determinar el lucro cesante, en naturaleza y monto, ha de asumirse que persistirán en el tiempo las características de la persona, cosa o unidad productiva dañada y el entorno en que se ha celebrado el contrato o se ha cometido el hecho dañino. En otros términos, debe asumirse que las circunstancias (debidamente establecidas) en que se inserta el contrato, que por su naturaleza se desenvuelven en el tiempo produciendo sus efectos, se mantendrán en el futuro. Y, entonces,

¹¹⁹ “AGRÍCOLA Y FORESTAL VISTA EL VOLCÁN CON COAGRA S.A.” (2017).

¹²⁰ PEÑAILLO (2018), p. 10.

¹²¹ PEÑAILLO (2018), p. 12.

¹²² DE LA PRIDA (2017), pp. 37-38.

han de ser razonablemente proyectadas al futuro más o menos próximo, para detectar así las características y la magnitud del beneficio que la víctima ha dejado de percibir”¹²³.

Lo anterior, enmarcado dentro de la exigencia de previsibilidad que debe cumplir la ganancia frustrada para ser indemnizable; aceptada su relevancia, aún faltaría por definir en el caso concreto el momento en que se examinará esa previsibilidad. En la doctrina civil la respuesta más aceptada será que la previsibilidad sea examinada al día de la celebración del contrato, pero se ha vacilado si debiese ser al momento del incumplimiento¹²⁴.

Pero, aún más, cabe discutir si en un caso concreto el acreedor cuya ganancia se ha frustrado tenía o no el deber de mitigar el daño:

“(…) en la producción del lucro cesante como en la de cualquier otro daño, es aplicable también el deber del acreedor (o víctima en su caso) de evitar o, al menos, mitigar el daño. Si la víctima puede evitar la pérdida del lucro cesante o disminuirla, sin sacrificios extraordinarios, está obligado a adoptar las medidas tendientes a ese objetivo. Mantenerse impávido, asilándose en la regla de que el daño que está sufriendo tendrá que ser indemnizado contraviene la buena fe; o, como también ha sido estimado, aquellos daños, en la medida en que pudo evitarlos, no han de indemnizarse porque estrictamente no surgen del (solo) agente y, por tanto, respecto de su hecho falta la relación causal”¹²⁵.

Más complejo aún, en determinados casos la indemnizabilidad del lucro cesante puede ser conectada con la doctrina del enriquecimiento injustificado, pues en ocasiones “alguien causa daño a otro privándole simplemente de una legítima ganancia esperada. Pero en otras, junto con esa privación, el hecho dañino simultáneamente trae consigo, correlativamente, la obtención de una ganancia para el autor del daño”. En tal caso, junto “a la indemnización por lucro cesante, para ese circunscrito rubro surge otro (alternativo) en la doctrina del enriquecimiento injustificado, que se concreta en una restitución”¹²⁶.

Siguiendo a Peñailillo, se puede hacer la siguiente enumeración de los problemas que aparecen al evaluar el lucro cesante:

“Uno, común a la indemnización de todo daño, es el de la compensación con una ganancia que, del mismo hecho dañino, le haya surgido simultáneamente a la víctima. Otro, también común, pero que es bien factible en la proyección del lucro cesante en el tiempo, es el de una variación con posterioridad a la sentencia (por

¹²³ PEÑAILILLO (2018), p. 16.

¹²⁴ PEÑAILILLO (2018), p. 17.

¹²⁵ PEÑAILILLO (2018), pp. 21-22.

¹²⁶ PEÑAILILLO (2018), p. 29.

circunstancias desconocidas o antes inexistentes), en que pudiese pretenderse una sentencia complementaria (...). Otro, el de la acumulación de indemnizaciones, que se presenta cuando, aparte de la indemnización que debe el autor del daño, una institución (por ejemplo, la Seguridad Social) paga a la víctima un valor por el mismo hecho (...). Otro es el de la valoración en casos de *pérdidas de ganancia por tiempo indefinido*, en que se observa la conveniencia de fijar un plazo que será considerado para indemnizar. En fin, el de la conveniencia de *corregir* el valor fijado como indemnización por lucro cesante que se pagará de una vez, cuando la pérdida sufrida implicaba un beneficio que sería recibido por la víctima dilatadamente en el tiempo (continuamente o a tractos)”¹²⁷.

Ahora, como se advirtió más arriba, estos conceptos son desarrollos propios del derecho civil; por su parte, la relación de los funcionarios públicos con la Administración es de derecho público; en efecto, vale recordar que los funcionarios, tanto de planta como a contrata, no están unidos al órgano en que se desempeñan en virtud de un contrato sino de una designación realizada mediante un acto administrativo. Por ello, ahora corresponde explorar si acaso aquellas ideas son relevantes a la hora de valorar la reciente jurisprudencia de protección sobre desvinculaciones de empleados públicos, especialmente en el caso de los funcionarios a contrata.

Pues bien, sea cual fuera el vínculo de un funcionario con la Administración, es indudable que de éste surge a su favor un derecho a percibir las remuneraciones correspondientes. Teniendo ese vínculo un plazo de vigencia en el caso de las contrata (ordinariamente de un año), sería natural que, pendiente dicho término, el funcionario espere seguir desempeñando sus funciones en el servicio correspondiente y, como contraprestación, recibir su remuneración; aún más, sin tener un vínculo indefinido, pero tras varias renovaciones anuales, incluso puede sostenerse que tendría la confianza legítima de, vencido el término corriente, ser nuevamente renovado en su cargo.

En otras palabras, en la hipótesis planteada el funcionario tendrá la expectativa de llegar a percibir remuneraciones futuras. Pero si el funcionario es desvinculado por la Administración, dicha expectativa se verá frustrada: pasaría a ser, usando las palabras de la Corte Suprema, “una ganancia frustrada sobre la base de lo que probablemente habría ganado el acreedor”¹²⁸, esto es, un caso de lucro cesante. Luego, ¿se podrían presentar en un caso como ese las complejidades que, como se vio, pueden darse en un caso civil de lucro cesante? En efecto, podrían darse.

Piénsese, en primer lugar, que ese funcionario, una vez desvinculado y al verse liberado de la obligación de cumplir la jornada que importaba el servicio de su cargo, realizara una actividad remunerada en el mismo horario. En tal situación, ¿cabría indemnizarlo? Si se opta por la respuesta

¹²⁷ PEÑAILLO (2018), pp. 15-16 (nota 12).

¹²⁸ “AGRÍCOLA Y FORESTAL VISTA EL VOLCÁN CON COAGRA S.A.” (2017).

positiva y se ordena a la Administración el pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones que habría percibido el funcionario de no ser desvinculado (como es lo actualmente común en la jurisprudencia), se podría estar condenando al órgano recurrido al pago de un monto mayor al daño efectivamente sufrido por el actor, con lo que, como consecuencia, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa en favor del recurrente.

Luego, en el caso señalado, ¿correspondería acaso compensar lo ganado por el demandante a propósito de la liberación de cumplir jornada con aquello que dejó de percibir como remuneración por su cargo público? En tal caso, ¿ello tendría que ser alegado por la Administración en el informe presentado a la Corte de Apelaciones que conoce de la protección ejercida por el funcionario o tendría que ser demandado en un procedimiento lato posterior, cuando ya se ha pagado la indemnización en exceso?

Más complejo aún, imagínese ahora que ese mismo funcionario desvinculado, que aprovecha el cese de su carga de cumplir jornada para realizar una actividad remunerada, obtiene a propósito de esa actividad un ingreso mayor a aquel que dejó de percibir por concepto de remuneración pública. Si accionara requiriendo su reincorporación a la Administración, ¿correspondería que el tribunal, acogida que fuera su pretensión, además ordenase pagarle las remuneraciones que hubiese percibido de no haber sido desvinculado, siendo que, en rigor, son incompatibles con lo que obtuvo en el período en que estuvo separado de su cargo? En este caso, el enriquecimiento sin causa a favor del actor de protección es más evidente que en el supuesto anterior; sin embargo, nuevamente cabe preguntarse, ¿cómo podría corregirse procesalmente entonces dicha situación? ¿Tendría que ser alegada la ausencia de daño por la Administración dentro del procedimiento de protección o, por el contrario, tendría que pagar la indemnización en caso de ser condenada y, luego, requerir la devolución de lo pagado en un juicio posterior de lato conocimiento?

En algún caso en particular, entendiéndose que procede la reparación del lucro cesante, podría plantearse la duda sobre cuáles ítems de aquellos que integran la remuneración del funcionario deben ser incluidos para el cálculo de la indemnización. Considérese, por ejemplo, que el actor hubiese gozado de asignación por desempeño de funciones críticas; siendo una de las condiciones legales de dicha asignación que el desempeño del cargo sea realizado en forma exclusiva, ¿influye en el cálculo de la indemnización el que, una vez desvinculado, el actor hubiese recibido ingresos que hubiesen sido incompatibles con su asignación de no haber sido separado del cargo?

En un sentido inverso, imagínese un funcionario que hubiese tenido la expectativa de ver incrementada su remuneración pública en un periodo relativamente corto de tiempo. Si esa

expectativa fuese razonable ¿debe ser considerada al calcular la indemnización que tuviese que pagar la Administración?

Otro asunto más: de acuerdo al artículo 89 del Estatuto Administrativo el derecho a gozar de estabilidad en el empleo no alcanza a los cargos de exclusiva confianza; por su parte, el inciso final del artículo 49 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado define a los funcionarios de exclusiva confianza como “aquellos sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento”. El artículo 40 del mismo cuerpo normativo establece algunos casos (ministros de Estado, subsecretarios y jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de universidades públicas), así como lo hacen algunas leyes especiales. Pues bien, además de los casos que tienen la naturaleza de exclusiva confianza en virtud de texto legal expreso, la Contraloría General de la República ha entendido, por vía interpretativa, que el derecho a la estabilidad en el empleo tampoco alcanza a funcionarios no contemplados en los casos legales pero que desarrollan funciones de confianza de una autoridad. Así, el dictamen N°6.400/2018, por el que el órgano contralor actualiza sus instrucciones generales sobre renovación de funcionarios a contrata, señala que su criterio para la determinación de existencia de confianza legítima en una renovación:

“(…) tampoco resulta aplicable a los jefes de gabinete y asesores de gabinete de ministros, subsecretarios y jefes de servicios. En efecto, atendida la naturaleza de confianza que existe entre esas autoridades y quienes desarrollan las labores comentadas, estos servidores no se encuentran beneficiados con la confianza legítima de que trata la presente instrucción, salvo que acrediten haber sido objeto de dos renovaciones anuales de sus contrataciones en otra dependencia de la misma institución, antes de desempeñarse en gabinete”¹²⁹.

Si se sigue la lógica del órgano contralor, la jurisprudencia judicial sobre desvinculaciones de funcionarios a contrata tampoco debiese aplicarse si alguna persona que hubiese desempeñado funciones de esa naturaleza ejerciera una acción de protección contra el acto que importase su desvinculación. Pero ¿qué sucede en aquellos casos en que las funciones que se indiquen en el acto de designación hayan sido redactadas para ocultar las que realmente desempeñaba una persona? En el caso que las funciones materialmente realizadas fuesen de aquellas que la jurisprudencia administrativa ha entendido que no son protegidas por la confianza legítima ¿corresponde que no se consideren a la hora de resolver una protección, recurriendo el tribunal sólo a las que constan en el papel?

¹²⁹ DICTAMEN N°6.400/2018 de la Contraloría General de la República.

Como podrá haberse notado, estas situaciones pueden darse en la práctica; de hecho, no corresponden a hipótesis particularmente rebuscadas. En todos estos casos que se han usado como ejemplo cobra radical importancia la correcta determinación de los hechos por el tribunal llamado a resolver el conflicto entre funcionario y Administración. Pero, como se ha revisado más arriba, la acción de protección no permite un examen profundo de los elementos fácticos del conflicto al tribunal: no se trata necesariamente de un déficit del procedimiento, sino quizá es incluso una virtud en orden a su simpleza y brevedad. El punto reside en si acaso corresponde que los tribunales acojan o no acciones de protección, ordenando el pago de indemnizaciones por lucro cesante, cuando las partes del proceso no han tenido la posibilidad de acceder a un término probatorio y, en la práctica, han visto limitada su posibilidad de ofrecer medios de prueba a la instrumental.

5. LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO EVENTUAL CUESTIÓN DE LATO CONOCIMIENTO

Como se ha señalado, los tribunales, para pronunciarse sobre la pretensión de ilegalidad o arbitrariedad de un acto administrativo que importa la separación de un funcionario público de su cargo, recurren a los mecanismos generales de control desarrollados por el derecho administrativo. Por ello, dada la frecuencia del recurso que la jurisprudencia que se ha revisado hace de la figura de la confianza legítima del actor, conviene revisar si acaso tal institución jusadministrativa se adecúa a los caracteres procesales de la acción de protección.

La doctrina que sostiene la existencia de un principio de protección de la confianza legítima tiene su origen en la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial¹³⁰. Busca tutelar judicialmente derechos subjetivos a fin de evitar la frustración de expectativas o confianza de los particulares frente a la actividad de la Administración¹³¹. En el caso español, en la década de 1990 la doctrina derivó su vigencia en el ordenamiento de su país de la garantía constitucional de la seguridad jurídica¹³². A nivel europeo, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado que el principio de

¹³⁰ LETELIER (2014), pp. 612-613.

¹³¹ SCHNEIDER (2002), p. 250.

¹³² GARCIA (2002).

protección de la confianza legítima forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que su cumplimiento se impone a cualquier autoridad nacional encargada de aplicarlo¹³³.

En el caso de nuestro país, Bermúdez que el principio de la confianza legítima se encuentra vigente al derivarse de “los principios constitucionales de Estado de Derecho (arts. 5, 6 y 7 CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26 CPR)” y que “en virtud de él se entiende que existirá una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico”¹³⁴. Luego, explica que:

“Una comprensión amplia de los principios de legalidad y seguridad jurídica puede servir también, incluso bajo nuestro ordenamiento, de base posible para asentar la vigencia de este principio. En virtud del principio de legalidad en su vertiente atributiva, le está vedado a la Administración Pública actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva (arbitraria) o en exceso de poder. Es precisamente en el primer caso, el del abuso en el ejercicio de potestades, el de la arbitrariedad, comprendidos dentro del principio de legalidad en sentido amplio, en que la Administración deberá motivar y señalar las razones para su actuación. Si tal actuación supone una alteración en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o de resolver, solo estará legítimamente autorizada para hacerlo, si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación”¹³⁵.

Contra la vigencia de esta figura en nuestro país –y aún contra la conveniencia de adoptarla como límite a la actividad administrativa - Letelier argumenta que resulta voluntarioso extraerla de las nociones indeterminadas de Estado de Derecho y de seguridad jurídica, pues ello constituye un injustificado ejercicio de “inflación de normas constitucionales”¹³⁶; agrega, a mayor abundamiento, que en nuestro país “ni la seguridad jurídica, ni la buena fe, ni la confianza legítima tienen una consagración constitucional”¹³⁷. Aún más, agrega que el pretendido alcance de esta doctrina en la jurisprudencia comunitaria europea es menor al que se ha sostenido, siendo su contenido “desde sus comienzos oscilante y en gran parte de la jurisprudencia su inclusión en el razonamiento judicial fue precisamente para rechazarlo como fundamento de la sentencia”¹³⁸.

Como fuese, la confianza legítima ha sido adoptada y desarrollada como principio por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, especialmente como límite a la potestad invalidatoria de la Administración activa¹³⁹; luego, desde que el propio Bermúdez

¹³³ DE MEMBIELA (2006), p. 251.

¹³⁴ BERMUDEZ (2005), p. 85.

¹³⁵ BERMUDEZ (2005), p. 85.

¹³⁶ LETELIER (2014), pp. 615-619.

¹³⁷ LETELIER (2014), p. 621.

¹³⁸ LETELIER (2014), p. 614.

¹³⁹ Así, por ejemplo, en los dictámenes N°53.290/2004, N°8.630/2007, N°2965/2008, N°4212/2011, N°75.915/2011 o N°38.825/2013.

asumiera como Contralor General, comenzó a ser aplicada con particular importancia para controlar la atribución de los órganos administrativos para no renovar la designación de funcionarios a contrata¹⁴⁰. En efecto, el órgano contralor desde 2016 comenzó a variar sus criterios anteriores sobre la materia, sosteniendo que, si bien es cierto que la no renovación es una potestad discrecional, debe ejercerse mediante actos que expresen una motivación particularmente detallada, so sanción de invalidez en el caso de afectar a funcionarios que, en virtud de haber sido ya renovados en períodos anterior, hubiesen tenido la confianza legítima en serlo nuevamente. Por su parte, como ya se ha tratado más arriba, la jurisprudencia judicial también ha aplicado en términos idénticos este criterio al resolver acciones de protección ejercidas por funcionarios desvinculados.

Además de recoger el principio, tanto la Contraloría General de la República como la jurisprudencia judicial han tendido a construir sobre él un estándar abstracto, más vinculado al simple paso del tiempo que a las circunstancias concretas de cada caso: así, el órgano contralor ha establecido que un funcionario *ha ganado* la posibilidad de alegar la confianza legítima si en su caso se cumple la circunstancia de haber sido renovado con anterioridad en al menos dos años consecutivos. La jurisprudencia judicial, por su parte, ha ido recogiendo este concepto objetivado de la confianza legítima conociendo de protecciones interpuestas por funcionarios desvinculados incluso afirmando en alguna ocasión, como ya se vio, que éste constituiría actualmente un “verdadero axioma”¹⁴¹.

Pues bien, ateniéndose a la letra del concepto del principio desarrollado por la doctrina que lo sostiene, el administrado –en este caso, el funcionario desvinculado- debe acreditar que, en los hechos, se cumplen en su caso los elementos que legitiman su confianza y que hacen surgir la obligación de la Administración de actuar sin frustrarla. Ello pues, como se ha visto, la confianza legítima se basa en el principio general de la buena fe que debe existir en la relación de la Administración con los particulares, así como en el principio de seguridad jurídica como elemento del Estado de derecho. De esta manera, la confianza legítima protege la *convicción íntima* del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado¹⁴².

Ahora, si lo protegido por el principio es la convicción íntima del administrado, la pretensión de beneficiar a un particular la confianza legítima de que la Administración actuaría tomando una dirección y no en la que en los hechos tomó debiese ser conocida y resuelta por el tribunal caso a

¹⁴⁰ Como se ha señalado más arriba, los dictámenes de la Contraloría más importantes para comprender esta línea de jurisprudencia administrativa son: N°22.766/2016 y N°23.518/2016 (referido a funcionarios municipales), N°58.864/2016 (referidos a funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo), N°85.700/2016 y N°6.400/2018 (por los que imparte instrucciones generales sobre la renovación de personal a contrata).

¹⁴¹ “ACEVEDO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS” (2018), c. 8°.

¹⁴² CASTILLO (1998), pp. 58-67.

caso. En ocasiones, la legitimidad de la confianza del actor podrá resultar evidente, caso en el cual el tribunal podría prescindir de la recepción de prueba adicional a la provista en la etapa de discusión del procedimiento; pero en otros casos bien es posible pensar que ello no fuese posible, requiriéndose por tanto un procedimiento de plena cognición para resolverse adecuadamente el conflicto entre la Administración y el afectado.

Por ejemplo, piénsese en la situación en que un funcionario es designado a contrata para cumplir una determinada función que, siendo propia del respectivo órgano, en efecto se justificase como transitorio dada una circunstancia extraordinaria; en otras palabras, el caso en que un funcionario fuese a designado a contrata porque se diesen los supuestos previstos por el legislador al consagrar dicha modalidad de empleo público. ¿Qué sucedería si dicho funcionario, habiendo sido renovado en más de dos períodos anuales por seguir existiendo la circunstancia que justificó su designación, al cesar dicha circunstancia es desvinculado por “no ser necesarios sus servicios”?

En la hipótesis planteada y de acuerdo a la jurisprudencia de protección más reciente, el funcionario desvinculado podría recurrir de protección contra el acto administrativo que lo separó de su cargo; acción que, si el tribunal competente sólo atiende a las renovaciones anteriores, sería acogida, pese a que el servicio de la función que desempeñaba el actor ya no fuese necesario. Ahora bien, si el tribunal al resolver la protección, en lugar de atender a la cantidad de renovaciones previas considerase la efectividad de la circunstancia invocada por la Administración de no ser ya necesarios los servicios del actor, rechazaría el recurso, pese a que en los hechos el funcionario sí tuviese la *íntima convicción* de ser nuevamente renovado.

En el ejemplo planteado, parece que el tribunal debiese resolver el conflicto entre la Administración y el empleado de acuerdo a los hechos del caso concreto, no siendo suficiente el recurso a la comparación con una hipótesis abstracta de fácil comprobación. Así, bien podría darse el caso en que la Administración acreditase que los servicios de un funcionario desvinculado efectivamente no eran ya más necesarios, a la vez que dicho funcionario justificase que auténticamente confiaba íntimamente en su renovación. En tal caso, la procedencia de la pretensión de dejar sin efecto el acto que importó la separación, así como de la reparación del lucro cesante tendría que ser resuelta de forma más ponderada, no mecánica. Por lo demás, no es difícil pensar que, mediante un procedimiento más adecuado para conocer de dicho conflicto, el tribunal pudiese finalmente determinar que la actuación de la Administración sería válida, pese a lo cual correspondería indemnizar de alguna forma al afectado.

Si tal ejemplo parece de difícil ocurrencia práctica, imagínese ahora que el hecho argüido por la Administración para decidir la separación del funcionario sea una reestructuración orgánica interna en el órgano respectivo, que importa que la provisión del cargo ya no sea necesaria. Tal situación, que como se habrá notado, no resulta extraña, bien puede no haber sido prevista por el funcionario afectado. Se estaría, entonces, ante el ejercicio de una atribución que efectivamente la Administración posee, cuyo ejercicio puede realizar si el interés público lo justifica pero que, a la vez, de ser ejercida frustraría la legítima expectativa del empleado de ser renovado en sucesivas ocasiones.

En un sentido diferente, también es posible pensar en el caso de un funcionario que, habiendo sido desvinculado, por el ejercicio de su función conociera la configuración de la circunstancia que implicará su desvinculación, de forma tal que la Administración podría acreditar que, pese a haber sido renovado anteriormente en más de dos ocasiones, no se encontraba realmente en la situación de confiar legítimamente en que se produciría su renovación.

Así, si se entiende la confianza legítima como un hecho subjetivo consistente en la convicción que tiene una persona de que la Administración actuará en un determinado sentido, en algunas ocasiones la protección puede ser una vía idónea para tutelar derechos cuya afectación un particular confiaba que no se produciría: ello será así cuando tanto la vulneración del derecho constitucional que se invoque como la efectiva configuración de la confianza legítima del particular sea posible de apreciar por el tribunal competente de forma fácil, sin necesidad de tener que estudiar los hechos mediante medios de prueba. Por el contrario, si se diese la necesidad fáctica de una cognición plena por parte del tribunal llamado a resolver, entonces la cuestión se volvería inapta para ser resuelta por medio de la acción de protección, al menos mientras mantenga la actual regulación de su procedimiento y se la siga concibiendo como lo ha sido hasta nuestros días.

CONCLUSIONES

Como se ha anotado, parece consolidada la jurisprudencia de protección recaída sobre acciones interpuestas por funcionarios públicos separados de la Administración; si bien generalmente corresponde a empleados a contrata que han sido desvinculados anticipadamente o no renovados al término del período de su nombramiento, dicha tendencia en ocasiones se ha extendido incluso a casos específicos de remoción de funcionarios de planta. No se trata de que las acciones sean acogidas de forma masiva o irreflexiva; lo definitorio de esta jurisprudencia consiste en que, en aquellos casos en que se declara ilegal o arbitrario el acto administrativo que se impugna mediante el ejercicio de la acción, junto con dejarse sin efecto tal actuación, se ha ordenado el pago de las remuneraciones que se hubiesen devengado en favor del recurrente de no haber sido separado de su cargo.

Pues bien, tal como se planteó inicialmente, los fallos que forman esta jurisprudencia no señalan que dicha medida ordenada para “restablecer el imperio del derecho” tenga la naturaleza de una indemnización de perjuicios por lucro cesante; sin embargo, visto en lo que consiste dicha providencia así como las definiciones que la doctrina y los mismos tribunales han dado en materia de responsabilidad civil, aparece de forma manifiesta que dicha orden dada a la Administración consiste precisamente en la reparación del lucro cesante del funcionario desvinculado.

Luego, se han expresado más arriba las razones que llevan a sostener que la declaración de la responsabilidad patrimonial y la determinación del monto de una indemnización son materias de lato conocimiento, cuyo conocimiento y resolución no son compatibles con la naturaleza sumarísima de la acción constitucional de protección, su eventual tramitación unilateral y la falta de una oportunidad procesal en que las partes puedan ofrecer y rendir probanzas que le permitan al tribunal conocer la realidad de los elementos fácticos que ellas aleguen.

No desmiente tal afirmación la revisión de los antecedentes históricos de la acción en cuestión, así como del estudio de los conceptos que sobre ella han desarrollado tanto la doctrina como la propia jurisprudencia. Al contrario, reafirman que la generalidad de los responsables de su consagración en nuestro derecho la vieron como un procedimiento llamado a remediar situaciones en que la vulneración de derechos fundamentales fuese manifiesta y requiriese urgente atención del tribunal, a fin de evitar la ocurrencia de daños posteriormente irreparables; y no para el conocimiento y resolución de asuntos en que la valoración de las alegaciones de las partes requiriese un juicio más ponderado y, menos aún, la recepción y valoración de medios de prueba. Esta conclusión se refuerza

si se revisan las definiciones de la jurisprudencia y de la doctrina, aun, en el caso de esta última, con las discrepancias que mantiene respecto a la precisa naturaleza de la protección en tanto acción.

Con todo, cabe prevenir que en casos en que los elementos de la responsabilidad patrimonial resultasen de evidente configuración y el otorgamiento de una reparación pecuniaria fuese necesaria para el restablecimiento del imperio del derecho, podría condenarse a un recurrido de protección al pago de una prestación pecuniaria; con todo, como se ha visto más arriba, no son difíciles de imaginar situaciones concretas en que los presupuestos de una indemnización de perjuicios no serán manifiestos, de forma que la protección no aparecería como el procedimiento apto para la correcta y justa resolución del conflicto planteado al correspondiente tribunal.

Ahora bien, respecto de la confianza legítima mantenida por un funcionario desvinculado de mantenerse a futuro el vínculo que lo unía a la Administración, argumento común en las sentencias revisadas para acoger las pretensiones de los actores, se ha visto cómo en algunas circunstancias la protección no es la vía idónea para que las cortes se pronuncien sobre su concreta configuración; con todo, aquí también cabe prevenir que, en las situaciones en que para su apreciación basten los antecedentes presentados por las propias partes del proceso, no sería necesario un procedimiento de cognición lata.

Pese a que la acción de protección es un remedio cuyo uso está ya asentado en la práctica forense nacional, así como ya ha sido profusamente tratada en sus caracteres por la doctrina procesal y constitucional, vale la pena destacar la conveniencia de no cesar en su estudio desde la doctrina. Al efecto, vale la pena recordar lo que Gastón Gómez advertía sobre la práctica efectiva de la protección en su gran obra monográfica sobre la materia:

“Los jueces, en materia de protección, han gozado de una amplia libertad para la creación judicial. La Constitución sólo consagra algunas normas generales sobre la protección. Además, no se ha dictado Ley alguna que regule la acción. De modo que los jueces, conociendo de la protección, han ideado derecho, incidido en políticas públicas, cuestionado a la autoridad administrativa, intentado evitar la violencia social, etc. El costo que hemos debido pagar por esta creación judicial es el incremento de la inseguridad y la discrecionalidad, dado que el contexto normativo es prácticamente inexistente y que los propios jueces han regulado el procedimiento y los derechos procesales de los interesados en interponer esta acción, haciendo de la jurisprudencia una fuente de regularidad jurídica (...). El resultado, para un observador crítico e imparcial, es que la práctica constitucional se hace y corrige a partir de sus fallos y de decisiones explícitas organizacionales, sin apego significativo a normas previas. Podría decirse que la práctica es autopoietica. Todo esto acrecienta la irregularidad de la función

judicial de tutela de los derechos, ya que dificulta reconocer si los jueces siguen la Constitución o sus convicciones”¹⁴³.

En definitiva, el quid del asunto detectado y demostrado está arraigado en que la pretensión de reparación del lucro cesante, dadas las complejidades a las que se ha pasado revista, debiese, salva la prevención hecha antes, ser conocida y resuelta en un procedimiento de plena cognición, en que las partes, por un lado, puedan desplegar adecuadamente sus posiciones y argumentos y, más importante aún, el tribunal tenga el tiempo y la posibilidad de determinar la realidad de los hechos que resultan sustanciales para la correcta resolución del conflicto. La utilización, al contrario, de un procedimiento en que no se posible rendir adecuadamente prueba y que, además, pese a las facultades inquisitivas del tribunal, están pensadas para una brevísima tramitación, privan en definitiva tanto a la Administración como a los funcionarios de la oportunidad plantear adecuadamente sus conflictos y requerir justicia, vulnerándose de esa forma la garantía de resolverse los conflictos mediante un racional y justo procedimiento.

No desmiente lo afirmado previamente la circunstancia de que, frente a la ausencia de un procedimiento contencioso apropiado en nuestro ordenamiento, los particulares tengan un innegable incentivo para utilizar la acción de protección en su lugar¹⁴⁴: ello importa un déficit del derecho chileno que debe ser subsanado mediante la actividad legislativa, no mediante el forzamiento de las instituciones existentes. Tal omisión del legislador requiere ser subsanada, pues, como advertía hace ya años Jesús González sobre los procedimientos constitucionales:

“Si la inexistencia de un proceso con el objeto específico de las cuestiones de Derecho constitucional puede dar lugar a que en procesos de objeto distinto se examinen y actúen pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional, la existencia de un proceso constitucional y la inexistencia de un cauce procesal para actuar pretensiones fundadas en otras ramas del Derecho, puede conducir a desorbitar el ámbito de aquél. El ejemplo típico es el amparo mejicano. Al faltar en el Ordenamiento mejicano el recurso de casación y, salvo ámbitos locales y especiales, el proceso administrativo, el amparo ha venido a cumplir las funciones de la casación y del proceso administrativo, por lo que en él se actúan pretensiones fundadas en normas de naturaleza muy distinta a las puramente constitucionales. No existirá, por tanto, ecuación entre proceso y Derecho Constitucional”¹⁴⁵.

La falta de explicitación del concepto de la protección como procedimiento de urgencia, unida a la argumentación meramente formal apoyada en un derecho constitucional, “han producido en no pocos casos los riesgos que todo procedimiento de urgencia trae consigo. Que se generalice y abuse

¹⁴³ GÓMEZ (2005), p. 17.

¹⁴⁴ Ver VERGARA (2005), pp. 220-221.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ (1980), p. 41.

de ellos, invadiéndose esferas propias del resto de los mecanismos que el sistema jurídico contempla para proteger los mismos derechos a que alcanza la protección”¹⁴⁶.

Seguir sin atender debidamente este problema, en definitiva, importa que se siga desnaturalizando la acción de protección y, en consecuencia, que pierda efectividad como remedio de tutela de los derechos fundamentales ante situaciones que requieran un remedio urgente. Si no, se cae en lo que Otero tempranamente advirtió, en los primeros años de existencia de esta acción en nuestro ordenamiento:

“Sólo en la medida en que se le dé su verdadero significado e importancia a este recurso, cumplirá la función específica para la cual está establecido: proteger el legítimo ejercicio de ciertos y determinados derechos constitucionalmente garantizados frente a una acción u omisión arbitraria o ilegal, quienquiera que sea el ofensor”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ JANA y MARÍN (1994), p. 15.

¹⁴⁷ OTERO (1977), p. 224.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALDUNATE Lizana, Eduardo (2001): “La desconstitucionalización de la Constitución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°22: pp. 17-36.
- BARROS Bourie, Enrique (1996): “El recurso de protección como medio de amparo de los contratos”, en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones Modernas de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur) pp. 322-336.
- BERMÚDEZ Soto, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición). 794p.
- BERMÚDEZ Soto, Jorge (2005): “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 18, N°2: pp. 83-105.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (S.F.): “Actas de la Comisión Ortúzar”, 11 t. Disponible en: https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980. Fecha de consulta: 30 de enero de 2019.
- BORDALÍ Salamanca, Andrés (2004): “El recurso de protección como proceso de urgencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N°2: pp. 269-288.
- CÁRCAMO Righetti, Alejandro (2017): “Análisis crítico de los derechos colectivos del trabajo en el ámbito de la función pública en Chile”, en YÁÑEZ, Sonia y ROJAS, Irene (edits.), *Empleo público en Chile: ¿Trabajo decente en el Estado? Apuntes para el debate* (Santiago, Flacso-Chile), pp. 111-121.
- CASTILLO Blanco, Federico (1998): *La protección de confianza en el derecho administrativo* (Madrid, Marcial Pons). 381p.
- CEA Egaña, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). 402p.
- CEA Egaña, José Luis (2004): *Derecho Constitucional chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile). 733p.
- DE LA PRIDA Contreras, Manuel (2017): *Los perjuicios derivados del incumplimiento en el nuevo derecho de los contratos: una mirada desde los daños indemnizables y su delimitación*,

- Trabajo de Fin de Máster para optar al grado de Máster en Derecho de la Universidad de Barcelona. 87p.
- DE MEMBIELA, Juan B. Lorenzo (2006): “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, N°171: pp. 249-263.
- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA (2018): “Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2008-2017”. Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/598/articles-176466_doc_pdf.pdf.
- EVANS de la Cuadra, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). 2t.
- FERNÁNDEZ Richard, José (1997): “Alcances limitados del recurso de protección en relación a interpretación de contratos suscritos por los municipios”, *Gaceta Jurídica*, N°207: pp. 38-39.
- FERRADA Bórquez, Juan Carlos, BORDALÍ Salamanca, Andrés y CAZOR Aliste, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 14: pp. 67-81.
- GARCÍA Luengo, Javier (2002): *El principio de protección de la confianza legítima en el derecho administrativo* (Madrid, Civitas). 512p.
- GÓMEZ Bernaldes (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales). 282p.
- GONZÁLEZ Pérez, Jesús (1980): *Derecho Procesal Constitucional* (Madrid, Civitas). 392p.
- HENRÍQUEZ Viñas, Miriam (2018): *Acción de protección* (Santiago, Der Ediciones). 73p.
- JANA Linetzky, Andrés y MARÍN González, Juan Carlos (1996): *Recurso de protección y contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). 239p.
- LETÉLIER Wartenberg, Raúl (2014): “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de los actos administrativos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2: pp. 609-634.
- MARTÍN-RETORTILLO Baquer, Sebastián (1996): *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones* (Madrid: Editorial Civitas). 249p.
- NAVARRO Beltrán, Enrique (2002): “Límites al recurso de protección en materia contractual”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N°6: pp. 51-67.
- OBSERVATORIO JUDICIAL (2018): “Desvinculación de funcionarios públicos - ¿Qué ha dicho la Corte Suprema sobre el régimen de los funcionarios a contrata?”. Disponible en: <http://www.observatoriodjudicial.org/wp-content/uploads/2018/04/Informe-N%C2%B08->

- Desvinculaci% C3%B3n-de-funcionarios-p% C3%BAblicos.pdf. Fecha de consulta: 30 de enero de 2019.
- OTERO Lathrop, Miguel (1977): “El recurso de protección: fines, requisitos y naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Público*, N°21/22, pp. 219-232.
- PAILLAS, Enrique (1990): *El recurso de protección ante el derecho comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile). 130p.
- PEÑA Adasme, Andrés (2009): “El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N°2: pp. 211-242.
- PEÑAILILLO Arévalo, Daniel (2018): “Sobre el lucro cesante”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, vol. 86, N° 243: pp. 7-35.
- PFEFFER Urquiaga, Emilio (2002): “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile”, *Estudios Constitucionales*, año 4, N° 2, pp. 87-107.
- PIERRY Arrau, Pedro (1977): “El recurso de protección y lo contencioso administrativo”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°1, pp. 153-173.
- PODER JUDICIAL (2019): “Cuenta pública 2019”. Disponible en: <http://www.pjud.cl/cuenta-publica-2019>.
- SCHIESSLER Q., Guillermo (1979): “El recurso de protección en la nueva Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, pp. 341-360.
- SCHNEIDER, Jens-Peter (2002): “Seguridad jurídica y protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán”, *Documentación Administrativa*, N°263-264, pp. 249-279.
- SOTO Kloss, Eduardo (1976): “Amparo judicial y recurso de protección”, *Revista de Derecho Público*, N°19/20, pp.155-189.
- SOTO Kloss, Eduardo (1978): “Tendencias jurisprudenciales en materia de recurso de protección”, *Gaceta Jurídica*, N°20: pp. 5-11.
- SOTO Kloss, Eduardo (1982a): *El recurso de protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). 582p.
- SOTO Kloss, Eduardo (1982b): “‘Sin perjuicio de...’ en el recurso de protección”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°6, pp. 369-402.
- VERDUGO Marinkovic, Mario, PFEFFER Urquiaga, Emilio y NOGUEIRA Alcalá, Humberto (1994): *Derecho Constitucional. Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile). 369p.
- VERGARA Blanco, Alejandro (2005): “El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso administrativa especializada. Elementos para el análisis”, *Revista de Derecho Administrativo*, N°52, pp. 213-224.

- VERGARA Blanco, Alejandro (2009): “Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad del Código Civil”, *Revista de Derecho Administrativo*, N°3, pp. 45-68.
- ZÚÑIGA Urbina, Francisco (1996): “Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX”, *Gaceta Jurídica*, N° 198, pp.7-13.
- ZÚÑIGA Urbina, Francisco (1997): “Recurso de protección y contencioso administrativo”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LXV, N° 202: pp. 105-119.

Jurisprudencia judicial

- “BARRERA CON MINISTERIO DE BIENES NACIONALES” (2019): Corte Suprema, 22.161-2018 (protección), rol 22.161-2018.
- “ECHEVERRÍA CON SERNAMEG” (2018): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2018 (protección), rol 24.992-2018.
- “TRONCOSO CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN” (2018): Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018 (protección), rol 18.857-2018.
- “REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR LA MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL RESPECTO DEL ARTÍCULO 1, INCISO TERCERO Y 485 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, EN LOS AUTOS CARATULADOS ‘ARRIAZA CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL’, DE QUE CONOCE LA CORTE SUPREMA POR RECURSO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA, BAJO EL ROL N° 37.905-2017” (2018): Tribunal Constitucional, rol 3.853-17, 6 de diciembre de 2018.
- “RIQUELME CON HOSPITAL LUIS CALVO MACKENNA” (2018): Corte Suprema, 13 de julio de 2018 (protección), rol 3.711-2018.
- “YÁÑEZ CON POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE” (2018): Corte Suprema, 19 de junio de 2018 (protección), rol 5.156-2018.
- “ARANCIBIA CON I. MUNICIPALIDAD DE PEDRO AGUIRRE CERDA” (2018): Corte Suprema, 26 de marzo de 2018 (protección), rol 43.394-2017.
- “CRUZ CON I. MUNICIPALIDAD DE PEDRO AGUIRRE CERDA” (2018): Corte Suprema, 26 de marzo de 2018 (protección), rol 43.400-2017.
- “ACEVEDO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS” (2018): Corte Suprema, 13 de marzo de 2018 (protección), rol 38.681-2017.

“ZAMBRANO CON I. MUNICIPALIDAD DE CALAMA” (2018): Corte Suprema, 19 de febrero de 2018 (protección), rol 42.533-2017.

“DELGADO CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA” (2017): Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017 (protección), rol 35.103-2017.

“HERNÁNDEZ CON MUNICIPALIDAD DE FRESIA” (2017): Corte Suprema, 4 de septiembre de 2017 (protección), rol 97.928-2016.

“VILCHES CON MUNICIPALIDAD DE CONCÓN” (2017): Corte Suprema, 3 de julio de 2017 (protección), rol 9.237-2017.

“PEY TUMANOFF ROXANA CONTRA MARIO FERNÁNDEZ BAEZA VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y OTRO” (2017): Corte Suprema, 19 de junio de 2017 (protección), rol 3.598-2017.

“ZELAYA CON HOSPITAL EDUARDO PEREIRA” (2017): Corte Suprema, 5 junio de 2017 (unificación de jurisprudencia), rol 52.918-2016.

“CARLA FRANCISCA BON FUENZALIDA CON MUNICIPALIDAD DE CODEGUA” (2017): Corte Suprema, 4 de mayo de 2017 (protección), rol 97.796-2016.

“AGRÍCOLA Y FORESTAL VISTA EL VOLCÁN CON COAGRA S.A.” (2017): Corte Suprema, 13 de marzo de 2017 (casación en la forma y en el fondo), rol 30.979-2016.

“JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO HUASCO / SERVICIO NACIONAL DE GEOLOGÍA Y MINERÍA” (2017): Corte Suprema, 13 de marzo de 2017 (protección), rol 58.971-2016.

“ADA DEL CARMEN NÚÑEZ CORDERO / CAJA DE COMPENSACIÓN LOS ANDES” (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2016 (protección), rol 105.396-2016.

“GONZÁLEZ CON I. MUNICIPALIDAD DE TALCA” (2016): Corte Suprema, 19 de abril de 2016 (unificación de jurisprudencia), rol 5.699-2015.

“BORDACHAR CON SERVICIO NACIONAL DE PESCA” (2015): Corte Suprema, 1º de diciembre de 2015 (unificación de jurisprudencia), rol 4.150-2015.

“RAMÍREZ CON SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO” (2015): Corte Suprema, 1º de diciembre de 2015 (unificación de jurisprudencia), rol 5.716-2015.

“ARÉVALO POMODORO ANDREA CON TESORERÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA” (2014): Corte Suprema, 22 de diciembre de 2014 (protección), rol 26.828-2014.

“TATTER ACLEH MARÍA LUZ CONTRA CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA” (2014): Corte Suprema, 9 de diciembre de 2014 (protección), rol 24.574-2014.

“MARÍA PAZ PATRICIA LIBERONA GONZÁLEZ CONTRA MINISTRO DE SALUD Y OTRO” (2014): Corte Suprema, 4 de diciembre de 2014 (protección), rol 24.871-2014.

“HERRERA JIMÉNEZ CARLOS CON COMISIÓN DE LIBERTAD CONDICIONAL” (2014): Corte Suprema, 2 de diciembre de 2014 (protección), rol 27.467-2014.

“POBLETE CON MINISTERIO PÚBLICO” (2014): Corte Suprema, 21 de octubre de 2014 (unificación de jurisprudencia), rol 3.515-2014.

“MORA VEGA ALAN / SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL” (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de septiembre de 2014 (protección), rol 24.753-2014.

“BUSSENIUS CON CENTRAL NACIONAL DE ABASTECIMIENTO” (2014): Corte Suprema, 30 de abril de 2014 (unificación de jurisprudencia), rol 10.972-2013.

“SALOMÓN SILVA JOSÉ ADOLFO CONTRA SÁNCHEZ PERALTA FERNANDO Y OTRA” (2012): Corte Suprema, 11 de mayo de 2012 (protección), rol 2.391-2012.

“TORREJÓN PIÑONES LUIS / JEFE DEL DEPARTAMENTO DE PERSONAS DEL IPS Y QUIENES RESULTEN RESPONSABLES” (2012): Corte Suprema, 13 de abril de 2012 (protección), rol 862-2012.

“RODRÍGUEZ GALLARDO JORGE Y OTROS CON TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE Y OTROS” (2001): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de octubre de 2001 (protección), rol 3.414-2001, *Gaceta Jurídica*, N°258, p. 29.

“ROSAS DÍAZ, LUIS ÁNGEL Y OTROS” (1991): Corte Suprema, 19 de mayo de 1991 (protección), rol 16.790, *Gaceta Jurídica*, N°131, p. 41.

“SECRETARIO REGIONAL DE BIENES NACIONALES” (1990): Corte Suprema, 12 de diciembre de 1990 (protección), rol 16.178, *Gaceta Jurídica*, N°126, p. 41.

“BANCO HIPOTECARIO INTERNACIONAL FINANCIERO CON DIRECTOR DE OBRAS DE LA MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO” (1990): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de mayo de 1990 (protección), rol 430-89, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 87, sec. 5ª, p. 112.

“JIMÉNEZ BROUSSAIN, FÉLIX CON OJEDA CALDERÓN, EDGARDO Y OTROS” (1987): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 7 de enero de 1987 (protección), rol 166, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 84, sec. 5ª, p. 112.

“CARRASCO SOTO, IRENIA CON CÁRDENAS, ENRIQUE Y OTROS” (1985): Corte de Apelaciones de Valdivia, 12 de septiembre de 1985 (protección), rol 257-85, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 82, sec. 5ª, p. 301.

“CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO” (1983): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de septiembre de 1983 (protección), rol 114-83, *Gaceta Jurídica*, N°40, p. 45.

“CASZELY GARRIDO, CARLOS Y OTROS CON SALO EDITORES LIMITADA” (1982): Corte Suprema, 18 de agosto de 1982 (protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 79, sec. 5ª, p. 111.

“SOUBELET, VERA RENATO CON SÁEZ IGLESIAS, MARIO” (1983): Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de julio de 1983 (protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 80, sec. 5ª, p. 153.

“PFEFFER PIZARRO, EMILIO” (1982): Corte Suprema, 12 de julio de 1982 (protección), rol 16.060, *Fallos del Mes*, N°285, p. 314.

“CLUB AUDAX SPORTIVO ITALIANO” (1982): Corte Suprema, 29 de marzo de 1982 (protección), rol 15.732, *Fallos del Mes*, N° 280, p. 34.

“SOCIEDAD AGRÍCOLA FORESTAL LOS CHENQUES LIMITADA” (1980): Corte Suprema, 7 de julio de 1980 (protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 77, sec. 5ª, p. 53.

“RENÉ VELÁSQUEZ F.” (1979): Corte Suprema, 18 de junio de 1979 (protección), rol 13.738, *Fallos del Mes*, N° 247, p. 170.

Jurisprudencia administrativa

DICTAMEN N°6.400/2018, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°85.700/2016, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°23.518/2016, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°58.864/2016, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°22.766/2016, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°38.825/2013, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°75.915/2011, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°4212/2011, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°2965/2008, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°8.630/2007, Contraloría General de la República.

DICTAMEN N°53.290/2004, Contraloría General de la República.

Fuentes de consulta

VLEX CHILE, Buscador de jurisprudencia.

ZÚÑIGA CAMPOS ABOGADOS, Gaceta de Jurisprudencia de Derecho Público.