

EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO DE CONTROL JURISDICCIONAL ORDINARIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: UNA RESPUESTA INAPROPIADA A UN PROBLEMA JURÍDICO COMPLEJO*

*Juan Carlos Ferrada Bórquez***

*Andrés Bordalí Salamanca****

*Kamel Cazor Aliste*****

RESUMEN

El Recurso de Protección se ha convertido en el principal instrumento de tutela procesal del ciudadano, amparo que ha incluido aquellos actos de la Administración que comportan una violación de su esfera subjetiva. Para los autores, alejándose así de la concepción mayoritaria que han asumido la doctrina y la jurisprudencia nacional, el Recurso de Protección corresponde a un proceso sumario para la tutela urgente y privilegiada de los derechos fundamentales. Sin embargo, dicho proceso especial ha terminado por asumir un rol principal y ordinario de solución de conflictos entre el ciudadano y la Administración, tutelando no sólo sus derechos fundamentales, sino en muchos casos meros derechos legales o intereses legítimos, vulgarizándose de este modo su uso, y convirtiéndose en vía ordinaria de control de legalidad de la actuación administrativa. Es necesario de este modo reservar el referido proceso sólo para la tutela urgente de los derechos fundamentales, incluidas por cierto aquellas situaciones en que la Administración viola dichos derechos fundamentales, y crear un proceso ordinario para el control jurisdiccional de la actividad administrativa para aquellos casos en que sólo se vean involucrados derechos subjetivos o intereses legítimos del ciudadano.

RECURSO DE PROTECCIÓN - ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1030316 titulado "El Recurso de Protección como instrumento de control jurisdiccional de la Administración del Estado", del que el primer autor es el investigador principal y los demás autores, coinvestigadores.

** Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Austral de Chile.

*** Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile.

**** Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile.

INTRODUCCIÓN

Es un punto no discutido en nuestra doctrina jurídica –y fácilmente constatable por lo demás– que el Recurso de Protección se ha transformado en la vía procesal ordinaria de control de los actos emanados de los órganos que forman parte de la Administración del Estado, sea que éstos tengan carácter singular (simples decretos), reglamentarios (decretos supremos reglamentarios) o contractuales (contrato administrativo). A ello ha contribuido sin ninguna duda tanto la ausencia de un procedimiento contencioso administrativo general o especial en cada una de las materias –cuestión que debe entenderse, obviamente, sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos de control de estos actos en el ámbito administrativo o constitucional– como la interpretación amplia y flexible de nuestra doctrina y jurisprudencia de los requisitos procesales de procedencia de este recurso, así como de los derechos fundamentales posibles de amparar por esta vía.

Esto ha generado algunos problemas teóricos y prácticos en esta materia, especialmente derivado del abuso indiscriminado que se ha hecho de este remedio procesal en diversas situaciones jurídicas. En el plano teórico, por un lado, la transformación del Recurso de Protección en un medio de impugnación ordinario de la actuación administrativa, con prescindencia de la existencia o no de un derecho fundamental comprometido, ampliando la interpretación del mismo a materias o áreas no previstas por el constituyente, lo ha convertido en un mecanismo de control de la legalidad o juridicidad de la actuación administrativa, afectando con ello la urgencia, excepcionalidad y esencialidad de su tutela. En el ámbito práctico, a su vez, esto ha llevado a una explosión

numérica sin precedentes en la actividad forense, registrándose como la principal materia de ingreso de causas en los tribunales superiores de justicia, colapsando la actividad jurisdiccional y afectando con ello los procedimientos ordinarios y especiales de control existentes en el ordenamiento jurídico.

En este marco, este trabajo pretende simplemente revisar los principales problemas y dificultades que se presentan en esta materia y las soluciones propuestas por la doctrina, haciendo un análisis crítico de las mismas. A estos efectos, estructuraremos el trabajo en tres grandes apartados: el primero abordará brevemente los antecedentes históricos del Recurso de Protección y del contencioso administrativo en nuestro ordenamiento jurídico; a continuación analizaremos la actividad jurisdiccional y el Recurso de Protección, poniendo el acento acerca de la naturaleza jurídica y las características de éste; por último, revisaremos sintéticamente los derechos fundamentales protegidos por este Recurso, en relación con la actividad administrativa y sus consecuencias en el control judicial de la misma; finalizaremos con algunas conclusiones preliminares en esta materia.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN Y DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE

1.1. *Los derechos fundamentales, la actividad administrativa y su protección jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico decimonónico*

La doctrina más citada de nuestro país ha manifestado reiteradamente que una de las mayores innovaciones en la

nueva ordenación institucional chilena, surgida después del golpe militar de 1973, es el denominado Recurso de Protección.¹ Este medio procesal vino a suplir, por un lado, la carencia endémica en nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos procesales efectivos de protección de los derechos fundamentales, no obstante –siguiendo las Constituciones y declaraciones políticas de la época– su proclamación explícita desde los primeros textos constitucionales que proclamaron la república; y, por otro, la inexistencia de un procedimiento general expedito y eficaz de protección jurisdiccional de los particulares frente a los actos del poder público, sin perjuicio de la controvertida competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los asuntos contencioso administrativos.²

Lo anterior, sin embargo, no es rigurosamente cierto. En efecto, como es sabido, la Constitución de 1818 iniciaba su capítulo primero (Arts. 1º a 17) con una declaración referida a “los derechos del hombre en sociedad”, en que proclamaba derechos como la libertad ambulatoria, la seguridad individual, el principio de inocencia, la inviolabilidad del hogar y de la

correspondencia, el honor, la propiedad y la libertad civil, de opinión y de imprenta. Manifestaciones similares contuvieron las Constituciones de 1822 –capítulo IV “de la administración de justicia y de las garantías individuales” (Arts. 198 a 229)–, 1823 –especialmente títulos XII “del Poder Judicial” (Arts. 116 a 142) y XXIII “del uso de la imprenta” (Arts. 262 a 268)–, 1828 –capítulo III “derechos individuales” (Arts. 10 a 20)– y 1833 –capítulo V “derecho público de Chile” (Art. 12)–, aunque con diversos contenidos en cada caso.

No obstante –como lo sostiene Zúñiga³– es en la Constitución Moralista de 1823 donde podemos encontrar un antecedente directo de un mecanismo procesal de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, derivado de, por un lado, la atribución general de esta materia al Poder Judicial (Art. 116) y, por otro, de la potestad específica de la Suprema Corte de Justicia de “proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales” (Art. 146 N° 1). Tales prerrogativas son recogidas en los “reglamentos judiciales” de 1824 y 1836, quedando subsistentes, aparentemente, bajo la Carta de 1833 y rigiendo hasta 1875, fecha de entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y cuyo texto suprimió dicha atribución judicial, entregándosela a la Comisión Conservadora parlamentaria que establecía la propia Carta Fundamen-

¹ Por todos, Soto K., E. *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 11.

² Sobre las distintas posiciones doctrinales sobre la competencia de los tribunales ordinarios de justicia en esta materia, puede verse, por todos, Soto K., E. “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, *Revista de Derecho Público*, N°s 21/22, 1977, pp. 233-249 y, del mismo autor, *El Recurso de Protección*, ob. cit., pp. 401-402; Pantoja, R. *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 11-62; Silva C, E. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago,

1994, pp. 191 y ss., y Nogueira, H. “El Recurso de Protección en Chile”, *Gaceta Jurídica*, N° 230, agosto 1989, p. 7.

³ Ver, en este sentido, Zúñiga, F. “Recurso de protección: algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX”, *Gaceta Jurídica*, N° 198, diciembre 1996, pp. 8-9.

tal.⁴ Lo anterior es sin perjuicio de que la misma Constitución pelucona consagra expresamente (Art. 143) un recurso judicial directo de protección de garantías individuales ante la magistratura que señala la ley –la Corte Suprema de Justicia, según establece el Art. 111 de la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales de 1875–, pero restringido –según expresa el propio precepto constitucional– a los derechos de libertad individual y libertad personal.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que bajo la Carta de 1833 se estructuró un mecanismo de control contencioso administrativo radicado en el Consejo de Estado, como juez administrativo más alto de la República (Art. 104). No obstante, en aquellos casos en que estuviere comprometido un derecho fundamental, se debía oír previamente al Tribunal superior de justicia (Art. 104 N° 4 Constitución de 1833).

Si bien lo anterior es controvertido por algún sector doctrinal,⁵ lo cierto es que los autores de la época están contestes en afirmar el carácter de juez administrativo de este Consejo⁶ –siguiendo el modelo francés de justicia administrativa–, lo que se entiende sin perjuicio de los contencioso administrativos especiales que se establecieron en algunas nor-

mas específicas.⁷ La reforma de 1874 terminó parcialmente con estas prerrogativas del Consejo de Estado, suprimiendo la facultad de éste para conocer de las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno y sus agentes, pero sin alterar la potestad genérica de juez contencioso administrativo.

De lo expuesto queda medianamente claro que durante la vigencia de la Carta de 1833 ya existió un mecanismo de control de la actividad administrativa, sea en resguardo del ordenamiento jurídico en general o de los derechos fundamentales de las personas en particular. Unas y otras infracciones eran posibles de impugnar en el ordenamiento, recurriendo a la tutela del órgano judicial y administrativo competente en cada caso, restableciendo así el imperio del derecho.

1.2. *El surgimiento del denominado “Recurso de Protección” en nuestro ordenamiento jurídico vigente y el control de la actividad administrativa*

Sin perjuicio de los antecedentes históricos antes expuestos, el actual Recurso de Protección de los derechos fundamentales consagrado en el Art. 20 CPR tiene sus antecedentes más directos –como es bien sabido– en el proyecto de reforma constitucional presentado por los diputados Diez y Arnello en 1972, repuesto un año después por los senadores Diez y Jarpa y finalmente incorporado al ordenamiento jurídico en el Art. 2° del Acta

⁴ Huneus, J. *La Constitución ante el Congreso*, Imprenta de Los Tiempos, Santiago, 1879, pp. 357-358.

⁵ Soto K., E. “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, ob. cit., pp. 233-235.

⁶ Por todos, Huneus, J. *La Constitución ante el Congreso*, ob. cit., pp. 220-222, y Lastarria, J.V. *Estudios políticos y constitucionales*, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1906, volumen I, pp. 122-123 y 405-407.

⁷ Un esquema general de los contencioso administrativos especiales en nuestro ordenamiento jurídico a mediados del siglo XIX, en Lastarria, J.V. *Estudios Políticos y Constitucionales*, ob. cit., pp. 413-415.

Constitucional N° 3 de los Derechos y Deberes Constitucionales de 1976 (DL 1552/1976).⁸ Este antecedente es fundamental a la hora de comprender las motivaciones que tuvo a la vista el constituyente militar para instaurar este mecanismo procesal y diseñarlo como un instrumento de tutela urgente de derechos fundamentales.

En este contexto, si analizamos los fundamentos jurídicos expuestos en el proyecto Diez-Arnello,⁹ es claro que su propósito fundamental era crear un mecanismo procesal ágil y expedito de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y no cubiertos por el Recurso de Amparo, lo que debiera entenderse sin perjuicio de los procedimientos ordinarios civiles y criminales que dispone el ordenamiento. En particular, la propuesta legislativa buscaba amparar los derechos patrimoniales y las libertades políticas reconocidos en la Carta Fundamental de 1925 (Art. 10), pero que hasta ese momento carecían de un mecanismo procesal de protección directo, como el dispuesto –recurso de amparo– para la libertad personal y la seguridad individual (Art. 16 CPE).

Ahora bien, para entender esta cuestión debemos necesariamente conectar lo anterior con las circunstancias políticas concretas que se vivían a esa época, en que el conflicto político y social había alcanzado tal entidad, que ello tenía su expresión concreta en el campo jurídico.¹⁰ Así, uno de los ámbitos en que tuvo

una particular incidencia fue en las disputas que se producían entre el Gobierno del Presidente Allende y los empresarios industriales, comerciales y agrícolas, ya en relación a las medidas administrativas de intervención y requisición decretadas por el primero, ya en la toma material –sin título jurídico– de los inmuebles por las fuerzas políticas afines al Gobierno.¹¹ Esto implicaba, a juicio de un sector político y jurídico,¹² una transgresión sistemática de los derechos patrimoniales de estos particulares, dejándolos en una situación de indefensión jurídica.

A la situación de indefensión anterior contribuyó, sin duda, la declaración de incompetencia que hicieron los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los asuntos contencioso administrativos. En efecto, a partir de una interpretación estricta del Art. 87 de la Constitución de 1925, en virtud del cual estos asuntos sólo podían ser conocidos por los tribunales especiales dispuestos por éste

culación entre las principales teorías del derecho público alemán y la contingencia política, siendo esta última el motor inspirador en la construcción de aquellas y su fundamento. Triepel, H. *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 41 y ss. En análogo sentido, y con una visión más actual en Latinoamérica, Binder, A. “Reforma de la justicia penal y Constitución: del programa político al programa científico”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 39 relativo al “Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal”, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998, p. 23.

¹¹ Sobre el conflicto jurídico en esta materia y la posiciones adoptadas por la jurisprudencia, especialmente administrativa, puede verse Millar, J. “Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios durante 1970-1973”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen XI, diciembre 2000, pp. 83 y ss.

¹² Soto K., E. *El Recurso de Protección*, ob. cit., p. 24.

⁸ Soto K., E. *El Recurso de Protección*, ob. cit., pp. 23 y ss.

⁹ *Idem*, pp. 24-26.

¹⁰ En este sentido, ya Triepel puso de relevancia hace más de medio siglo (1926), en su ya célebre discurso de toma de posesión de Rectorado de la Universidad de Berlín, la estrecha vin-

y, por tanto, mientras no hubiere tribunal competente estos asuntos no tenían en el ordenamiento chileno una vía jurisdiccional de impugnación,¹³ se estableció en la cultura jurídica chilena una conciencia de la imposibilidad de tutela judicial de los derechos frente a la actuación administrativa, lo que evidentemente lesionaba seriamente el Estado de Derecho.

En este estado de cosas, el proyecto de reforma legislativa planteado, que posteriormente se recogería en las normas constitucionales, viene a constituirse en un mecanismo procesal de tutela de derechos, particularmente –aunque no exclusivamente– frente al poder de la Administración del Estado. Así, el denominado “Recurso de Protección” es –al menos en su origen– un sucedáneo del contencioso administrativo ordinario, pero que goza además de los privilegios de un proceso constitucional de tutela urgente de derechos fundamentales. Ambas características conserva en general bajo la actual Constitución de 1980, lo que parece que influye en la aplicación que se hace de éste en este ámbito.

2. EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

2.1. *La naturaleza jurídica del Recurso de Protección*

Un segundo aspecto que requiere abordarse en esta materia, y que ha sido poco estudiado por la doctrina, es la determinación de la naturaleza jurídica de este recur-

so y cómo se conecta éste con las manifestaciones propias de la jurisdicción. Al efecto, debe señalarse, en primer lugar, que desde una perspectiva constitucional la doctrina sostiene que el derecho de todas las personas de deducir una pretensión ante los tribunales de justicia y la obligación correlativa de éstos de dar respuesta a la misma –la que, obviamente, no tiene por qué ser positiva– deriva del reconocimiento general en el ordenamiento del derecho fundamental a la acción o tutela judicial.¹⁴ Esta garantía emanaría en nuestro Derecho –según la doctrina más citada–¹⁵ del amparo constitucional de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos asegurados a todas las personas en la CPR (Art. 19 N° 3 CPR) y de ciertas disposiciones generales establecidas en tratados internacionales ratificados por Chile¹⁶ y, por tanto, con-

¹⁴ Por todos, Pedraz, E. “Objeto del proceso y objeto litigioso. Puntualizaciones sobre la legitimación”, en *Escuela de Verano del Poder Judicial*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 315.

¹⁵ Por todos, Cea, J.L. *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pp. 269 y ss.; Fiamma, G. “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIII, N° 3, septiembre-diciembre 1986, pp. 124 y ss., y Varas, P. y Mohor, S. “Procedencia del Recurso de Protección frente a las disposiciones del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, pp. 279 y ss. En la misma variante, pero con una posición crítica a la doctrina mayoritaria, Bordalí, A. “El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVII, N° 3, 2000, pp. 81 a 105.

¹⁶ En este sentido, Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”.

¹³ Ver Soto K., E. “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, ob. cit. Pantoja, R. *La jurisdicción contencioso-administrativa*, ob. cit., y Silva C., E. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público*, pp. 191 y ss.

tenido material de la Constitución, de acuerdo a lo establecido en el Art. 5° de nuestra Carta Fundamental.

En este contexto, la acción –proce-salmente entendida– no admitiría división ni clasificación alguna, sino que sería una sola y desempeñaría una función idéntica en todos los campos procesales: permitir el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial de sus derechos e intereses.¹⁷ De ahí que se llegue a sostener que utilizar la voz “acción de protección”, para referirse a este mecanismo procesal de garantía de los derechos fundamentales, constituye una inexactitud terminológica, que lleva a una confusión en la forma de entender y aplicar éste, ya que pone el acento en el requerimiento judicial y no en el proceso donde se ventila éste, es decir, la respuesta judicial que debe dar la Corte de Apelaciones respectiva a la acción entablada.

Coherente con lo anterior, y derivado del carácter unilateral del Recurso de Protección que sostiene nuestra doctrina mayoritaria, se infiere que en esta materia no habría un verdadero proceso contradictorio, en los términos en que se desarrollan normalmente éstos, ya que no habría una pretensión contra una determinada persona, sino sólo un amparo judicial de un derecho fundamental, proveniente de una acción u omisión arbitraria o ilegal.¹⁸ Ello deriva de la concepción tan fuertemente arraigada en nuestra doctrina y jurisprudencia que, fundada más

en circunstancias históricas¹⁹ que en construcciones estrictamente dogmáticas, sostiene que la protección de los derechos fundamentales no constituiría una manifestación propia de la jurisdicción contenciosa de los tribunales superiores de justicia, sino de las denominadas “facultades conservadoras”, es decir, de una potestad complementaria a aquélla (Arts. 1 y 3 Código Orgánico de los Tribunales).²⁰ En este sentido, parece ser que se niega el carácter estrictamente jurisdiccional que posee la protección de los derechos fundamentales, con la consiguiente exclusión de las características propias de su ejercicio en el marco del proceso, y se le reemplaza por una concepción unilateral y administrativa, propia de la actuación de otros órganos estatales.

Similar concepción también fue seguida durante algún tiempo en el Derecho argentino, donde la doctrina y jurisprudencia, a partir del carácter urgente que tendría la tutela de los derechos fundamentales, afirmaba la unilateralidad del procedimiento.²¹ Sin embargo, como lo sostiene con acierto Sagüés, la celeridad exigida al amparo de estos derechos no

¹⁷ Hoyos, F. *Temas fundamentales de derecho procesal*, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 135.

¹⁸ Errázuriz, J.M. y Otero, M. *Aspectos procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 24 y ss., y Nogueira, H. *Dogmática constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 244.

¹⁹ Téngase en cuenta que, como ya se describió, la protección de los derechos fundamentales estaba entregada bajo la Constitución de 1833 a órganos políticos, administrativos y jurisdiccionales. En este marco, tocaba a la denominada “Comisión Conservadora” –llamada “Comisión Permanente” en la Constitución de 1828– prestar protección a las garantías individuales, con prescindencia de las atribuciones que ostentaban en dicha materia la Corte Suprema y el Consejo de Estado. Ver, en este sentido, Huneus, J. *La Constitución ante el Congreso*, ob. cit., pp. 324 y ss.

²⁰ Ver Hoyos, F. *Temas fundamentales de derecho procesal*, ob. cit., p. 74.

²¹ Sagüés, N. *Ley de Amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 268-269.

puede ser un argumento suficiente para negar todos los demás principios y valores que deben inspirar la actividad procesal de los tribunales –especialmente el principio de bilateralidad–, ya que con ello se corre un serio riesgo de denegación de justicia, por supresión del derecho a defensa en juicio para el recurrido.²²

Precisamente, siguiendo esta última concepción, es que algún sector de nuestra doctrina ha venido sosteniendo en el último tiempo que en realidad la interposición del denominado “Recurso de Protección” da lugar a un verdadero proceso²³ o juicio,²⁴ marco insoslayable en el que se realiza la actividad jurisdiccional,²⁵ según lo reconoce y exige nuestra propia Carta Fundamental (Art. 19 N° 3 CPR).²⁶ En este sentido, y partiendo de la necesaria conjunción entre jurisdicción y proceso,²⁷ la actividad de las Cortes de Apelaciones de tutela de derechos fundamentales a través del denominado “Recurso de Protección” sería una manifestación propia de la jurisdicción²⁸ –incluso qui-

zás la más importante en un Estado constitucional de Derecho–,²⁹ y ésta, evidentemente, sólo podría desarrollarse en el marco de un proceso, única vía legítima del ejercicio de aquélla,³⁰ en la medida en que concurren ante un juez imparcial dos partes parciales en términos de contradicción e igualdad.

Esto último tendría una consecuencia directa sobre la forma de concebir y utilizar el Recurso de Protección en nuestro medio, ya que de entender éste como proceso, y no ya como acción o recurso, deberían aplicarse todas las características y garantías propias de aquél. En este contexto, una de las primeras manifestaciones de esta nueva concepción sería la aplicación inmediata del derecho fundamental al debido proceso que contempla el propio ordenamiento (Art. 19 N° 3 inciso 5° CPR), en los términos y con las derivaciones que le han impuesto la normativa internacional y la doctrina nacional y comparada, derecho que, dicho de paso, no se encuentra precisamente amparado por el Recurso de Protección, salvo en lo relativo a la interdicción de las comisiones especiales.

2.2. Las características del proceso de protección de derechos fundamentales

Ahora bien, si partiéramos de la base de que el conocimiento y resolución de un conflicto jurídico que se pronuncie

²² *Idem*, pp. 269-270 y Gozañi, O. *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Editorial de Belgrano, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pp. 372 y ss.

²³ Jana, A. y Marín, J.C. *Recurso de Protección y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 86.

²⁴ Paillás, E. *El Recurso de Protección ante el derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 77.

²⁵ Ver, en este sentido, el trabajo recientemente publicado por Bordalí, A. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, año 2003, pp. 120 y ss.

²⁶ Por todos, Cea, J.L. *Tratado de la Constitución de 1980*, ob. cit., p. 307.

²⁷ Cerda, C. *Iuris dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 228.

²⁸ Hoyos, F. *Temas fundamentales de derecho procesal*, ob. cit., p. 73.

²⁹ En un sentido análogo y estableciendo la relación entre la evolución de las funciones del proceso y su finalidad dentro del ordenamiento jurídico, ver Taruffo, M. “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en *Corrupción y Estado de Derecho*. Andrés, P. (ed.), Trotta, Madrid, 1996, p. 138.

³⁰ Gimeno, J.V. y Garberi, J. *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Colex, Madrid, 1994, p. 24.

sobre una posible vulneración de un derecho fundamental deba hacerse en un proceso, inmediatamente se nos plantea la interrogante acerca de las características que debería tener éste. En este punto parece obvio partir señalando que el referido proceso debería ser contradictorio y bilateral, reconociendo la igualdad jurídica de las partes en conflicto y permitiendo a éstas presentar los elementos de prueba que justifican sus posiciones jurídicas.³¹ Así, sólo en el marco de una confrontación dialéctica que genera el proceso, entre la pretensión del actor que solicita amparo judicial frente a supuesta vulneración de un derecho fundamental y la contestación del recurrido —informe lo denomina equívocamente el auto acordado de la Excm. Corte Suprema al regularlo (Arts. 3º y 4º)—, elementos básicos de la discusión procesal, se puede establecer la veracidad procesal de los hechos y resolver en derecho el Tribunal.

En esta perspectiva, y partiendo precisamente de esta última concepción doctrinal, parecería razonable replantearse el rol asignado a cada uno de los intervinientes en el proceso de protección, especialmente —en relación a la materia específica a que se refiere este trabajo— de los órganos administrativos del Estado, ya que cuando son recurridos asumirían una verdadera condición de parte, pudiendo, por tanto, acceder a todos los derechos y cargas que le impone el proceso.

Por otro lado, este proceso tiene, como se sabe —al menos en nuestro ordenamiento—, unas características de con-

centración y celeridad, las que se justifican por la gravedad de lo discutido y la urgencia que exige un conflicto de esta naturaleza. De ahí que se estructura sobre la base de un procedimiento sumario, lo que supone una etapa de cognición más breve que en los procedimientos ordinarios. Ello estaría compensado con los efectos limitados que le reconoce el ordenamiento jurídico a la sentencia definitiva que se pronuncie en esta materia, la que tendría sólo un alcance de cosa juzgada formal, pudiendo, por tanto, siempre volver a discutirse el asunto en un procedimiento ordinario de lato conocimiento.³²

Lo anterior, precisamente, permite a la mayoría de nuestra doctrina sostener el carácter cautelar de este proceso de protección,³³ pero de características especiales, en cuanto no lo vincula a la existencia de un proceso principal que le dé cobertura y existencia.³⁴ En este sentido se recogen las modernas tendencias que ha proclamado un sector de la doctrina comparada³⁵ —concep-

³² Ver, en este sentido, Tavolari, R. *Estudios de Derecho Procesal*, Edeval, Valparaíso, 1990, p. 30; Jana, A. y Marín, J.C., *Recurso de Protección y Contratos*, ob. cit., p. 90, y Paillás, E. *El Recurso de Protección ante el derecho comparado*, ob. cit., p. 90.

³³ Por todos, Tavolari, R. *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 69, Errázuriz, J.M y Otero, M. *Aspectos procesales del Recurso de Protección*, ob. cit., p. 34, y Mohor, S. "El Recurso de Protección", en *Gaceta Jurídica*, N° 44, 1984, pp. 8 y ss.

³⁴ Zúñiga en este sentido hablará de "proceso cautelar autónomo", refiriéndose a las características de este procedimiento. Ver, Zúñiga, F. "Recurso de Protección y contencioso administrativo", en *Gobierno Regional y Municipal*, año V, 4, N° 52, noviembre 1997, p. 105.

³⁵ García de Enterría, E. "La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares", en *Poder Judicial*, segunda época, N° 20, diciembre 1990, pp. 11 y ss.

³¹ En este sentido, refiriéndose a las características del proceso en general, por todos, ver Calamandrei, P. *Derecho procesal Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, p. 74, y Gimeno, J.V. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 181 y ss.

ción que es resistida por otros autores—,³⁶ que considera al proceso cautelar de un modo dinámico, vinculándolo sólo con la exigencia que impone la tutela urgente de una determinada situación jurídica, pero sin obviar los demás requisitos propios de esta institución procesal.

En nuestro caso, este planteamiento es bastante complejo, ya que las características que ha ido asumiendo el Recurso de Protección, especialmente en el ámbito de instrumento de control de constitucionalidad de los actos de la Administración del Estado, son a veces contradictorias con este carácter cautelar autónomo que le reconoce la doctrina. Así será frecuente que la declaración judicial del Tribunal, reconociéndole ciertos derechos al recurrente y adoptando las medidas para restablecer el imperio del derecho, tenga efectos permanentes y no meramente cautelares,³⁷ siendo innecesario y aun imposible acceder a un procedimiento ordinario de lato conocimiento en que se vuelva a discutir el asunto. De ahí que parece más apropiado referirse al Recurso de Protección como un proceso sumario, es decir, un proceso de cognición reducida que genera el efecto de cosa juzgada formal.

³⁶ Por todos, Peyrano, J.W. “Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas”, en *Justicia* 97, N° II, pp. 607 y ss; Pérez, A. “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2000, pp. 172 y ss., y Fernández, M.A. *Derecho Procesal Civil III*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 405.

³⁷ Soto K., E. *El Recurso de Protección*, ob. cit., p. 248.

3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1. *Los derechos fundamentales y el contencioso administrativo*

En cuanto a los derechos amparados por el Recurso de Protección, el punto de partida está dado por el propio Art. 20 CPR, que establece taxativamente, por referencia a lo señalado en el Art. 19 de la misma Carta, los derechos fundamentales específicamente garantizados por este procedimiento, excluyéndose claramente los de contenido social y económico y la libertad personal y seguridad individual, esta última asegurada específicamente por medio del denominado Recurso de Amparo. De este modo, el constituyente chileno quiso cerrar en un número *clausus* los derechos posibles de amparar por los tribunales mediante este procedimiento constitucional,³⁸ lo que debe entenderse sin perjuicio de su protección por otros procedimientos jurisdiccionales de urgencia o de lato conocimiento que establezca el ordenamiento jurídico en el plano infraconstitucional.

No obstante, en la práctica jurisprudencial podemos apreciar que dicho criterio restrictivo ha sido abandonado o morigerado, principalmente como consecuencia de la amplísima interpretación que se ha hecho de ciertos derechos fundamentales —en particular los derechos de propiedad y de igualdad ante la ley—, convirtiéndolos en verdaderas cláusulas generales de conteni-

³⁸ Para una visión crítica en esta materia, señalando la inconveniencia de limitar el Recurso de Protección a estos derechos, Paillás, E. *El Recurso de Protección ante el derecho comparado*, ob. cit., p. 86.

do jurídico indeterminado, que habilitan a las personas a recurrir ante los tribunales contra cualquier acto ilegal o arbitrario que ponga en entredicho un beneficio particular. Así, en especial, a partir de una tutela judicial amplia del derecho de propiedad sobre “bienes incorporales”, a que se refiere el Art. 19 N° 24 CPR, los tribunales han protegido todo tipo de derechos subjetivos, intereses o situaciones jurídicas de los particulares, entendiendo que éstos están bajo la protección constitucional, independientemente de su carácter patrimonial o extrapatrimonial.³⁹

A estos efectos, y sumado a lo anterior, los tribunales también se han valido para ampliar la esfera de acción de la protección constitucional –a veces sin hacer mención del mismo ni tener conciencia de ello– del concepto jurídico de interés legítimo. Este, que surge en algunos ordenamientos jurídicos europeos –particularmente en Italia–, con el fin de justificar la separación de jurisdicciones civil y administrativa, lleva en la práctica a una ampliación de la esfera jurídica subjetiva del ciudadano frente al poder estatal y dándole protección jurisdiccional, lo que implica una mayor tutela judicial de las situaciones jurídicas particulares proclamadas en el ordenamiento jurídico.⁴⁰ En este contexto, la jurisprudencia chilena ha

³⁹ Sobre la interpretación amplísima que han hecho los tribunales del derecho de propiedad sobre bienes incorporales y la desnaturalización que ello implica, ver Guzmán, A. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 101-102 y 243-244.

⁴⁰ Sobre el punto, véase por todos, Gutiérrez de Cabiedes, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 53; Lozano-Higuera Pinto, M. *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, p. 92; Rota,

dado protección a intereses legítimos como el medio ambiente, las tradiciones culturales o las creencias o imágenes religiosas no amparadas expresamente por el Recurso de Protección, pero que bajo una interpretación extensiva de los derechos y un reconocimiento amplio de la legitimación activa de los mismos –llegándose, en ciertos casos, a plantear una especie de “acción popular” para el ejercicio de la acción procesal⁴¹ han sido objeto de una protección jurisdiccional vía este proceso.

Todo lo anterior ha tenido un impacto mayor, a propósito de la protección jurisdiccional de los particulares mediante el proceso de protección frente a la actividad administrativa, ámbito en el que los tribunales han desarrollado una interpretación más extensiva de los derechos de propiedad y de igualdad ante la ley, probablemente motivados por la ausencia de un contencioso administrativo especial, aplicable a todos los conflictos suscitados entre los órganos de la Administración del Estado y los ciudadanos, lo que parece conectarse con los propósitos iniciales que inspiraron la creación de éste.⁴² Así, a partir de una

F. “Poteri private e aspettative leggitime”, en *I metodi della Giustizia Civile*. Bessone, M., Silvestri, E. y Taruffo, M. (eds.), Cedam, Padova, 2000, pp. 448-449, y Scoca, F.G. *Contributto sulla figura dell'interesse leggitimo*, Giuffrè. Milano, 1990, pp. 6 y ss.

⁴¹ En este sentido, analizando alguna jurisprudencia relevante en esta materia que sin llegar a afirmar la existencia de acciones populares concibe el Recurso de Protección en materia ambiental en términos bastante similares, véase Bordalí, A. “Empresa Forestal Trillium Limitada”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen VIII, 1997, pp. 123 y ss.

⁴² Respaldando esta interpretación judicial y haciendo votos por su profundización, véase Soto K., E. *El Recurso de Protección*, ob. cit., p. 158.

concepción amplia de los derechos incorporales o de un mero interés legítimo que gozarían los particulares frente al poder estatal, sean éstos derivados de un acto administrativo singular o reglamentario, de un contrato administrativo o de la mera consolidación de una situación jurídica generada al amparo de una norma legal o reglamentaria, los tribunales han dispuesto la nulidad de cualquier actuación administrativa ilegal o arbitraria, operando así el proceso de protección como verdadero mecanismo ordinario de control contencioso administrativo, más que como proceso constitucional de urgencia de tutela de derechos fundamentales en estricto rigor.⁴³ Ejemplo de ello han sido los sucesivos pronunciamientos de los tribunales de justicia a favor de los funcionarios públicos que se han visto privados de su empleo o cargo público por un acto administrativo posterior invalidatorio del original que lo nombró –normalmente derivado del pronunciamiento de la Contraloría General de la República en tal sentido–, declarando el tribunal la “propiedad privada” sobre aquél y la consiguiente nulidad del último acto,⁴⁴ aun cuando esta materia pareciera no encontrarse garantizada por el Art. 20 CPR⁴⁵ y, además, la expresa consagración legal de

⁴³ Por todos, Pierry, P. “Tribunales contencioso-administrativos”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año I, N° 2, diciembre 2000, p. 104.

⁴⁴ En este sentido, Jana, A. y Marín, J.C. *Recurso de Protección y Contratos*, ob. cit., pp. 41-45, y Olave, C. *Recurso de Protección*, Editorial ConoSur, Santiago, 1996, pp. 140 y ss.

⁴⁵ Recuérdesse que el Art. 19 N° 17 establece como derecho fundamental asegurado “la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”, derecho que no se encuentra protegido por el Recurso de Protección, de acuerdo a lo que dispone el Art. 20 CPR.

esta potestad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico.⁴⁶

En este contexto es evidente que una interpretación amplia como la descrita trae como consecuencia inmediata –y así lo demuestra el análisis de las sentencias de los tribunales superiores de justicia– la generación de un incentivo directo para los operadores jurídicos de utilizar el Recurso de Protección como un mecanismo procesal ordinario de control jurisdiccional de los actos administrativos, con prescindencia, en muchos casos, de la existencia de un procedimiento administrativo o judicial especial en la materia específica.⁴⁷ En efecto, si el criterio jurisprudencial es una interpretación amplia de los derechos fundamentales, incluyendo en éstos a cualquier derecho, interés o situación jurídica amparada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, es ob-

⁴⁶ Como se sabe, la Ley N° 19.653 de 1999, más conocida como Ley de Probidad Administrativa, modificó la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado, incorporando a ésta un título III, entre cuyas normas estableció y reguló de un modo general la potestad de la Administración del Estado para invalidar los actos administrativos de nombramiento ilegal de un funcionario público. En este sentido, el Art. 63 del DFL1/2001, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que estableció el nuevo texto refundido y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional antes señalada, dispone que los órganos de la Administración del Estado tienen la potestad de invalidar estos actos, lo que se entiende sin perjuicio del derecho del funcionario para conservar las remuneraciones regularmente percibidas –único ámbito en el que opera el derecho de propiedad–, siempre y cuando éste se encuentre de buena fe.

⁴⁷ En el mismo sentido y con algunos ejemplos, véase Ferrada, J.C. “El principio de control en la década 1990-2000”, en *La Administración del Estado de Chile. Década 1990-2000*, Editorial ConoSur, Santiago, 2000, p. 623.

vio que el afectado utilizará el medio procesal más expedito, ágil y efectivo que le franquea el propio ordenamiento, aun a costa de una cognición más profunda y extensa del asunto discutido,⁴⁸ más aún cuando este proceso constitucional dejará siempre subsistentes –como ya se dijo, sobre todo en caso de que el recurrente obtuviere una sentencia desfavorable– los procedimientos jurisdiccionales de lato conocimiento que establecen las leyes.

Esto ha llevado a una reacción de nuestras Cortes, tratando de restringir el acceso y la utilización desmedida del Recurso de Protección en materias de lato conocimiento. Así, por un lado, la Excma. Corte Suprema ha establecido mecanismos procesales de admisibilidad de las pretensiones entabladas por los particulares en amparo de sus derechos fundamentales y de simplificación en la tramitación de las mismas, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina;⁴⁹ por otro, las Cortes de Apelaciones, en el conocimiento de estos asuntos, han aumentado el rigor en el control de admisibilidad de estas demandas, interpretando más restrictivamente los requisitos de procedencia de las mismas. Sin embargo, esto más que corregir las deficiencias del sistema ha dado cuenta de la gravedad de la crisis planteada, generándose percepciones equívocas de los criterios que siguen los tribunales para interpretar el cumpli-

miento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la tutela judicial de los derechos fundamentales, debilitándose con ello la protección efectiva de éstos.

3.2. *El Recurso de Protección y el proceso contencioso administrativo*

En el contexto antes descrito, es evidente que el Recurso de Protección no es ya una respuesta dogmáticamente adecuada, eficiente y eficaz para controlar la actividad administrativa en su conjunto, particularmente si se parte de la base de su carácter cautelar, urgente y excepcional que proclama la doctrina.⁵⁰ A ello se añaden una serie de situaciones jurídicas en que el Recurso de Protección –pese a su *vis expansiva*– no alcanza para dar cobertura a ciertos derechos e intereses jurídicos, sea como consecuencia de los mayores requisitos constitucionales exigidos para su procedencia –en particular, en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 N° 8 CPR)–, sea por la exigüidad del plazo previsto para su interposición –15 días corridos (Art. 1° del Auto Acordado que regula esta materia).⁵¹

En estos casos, al afectado no le cabe sino incoar las vías ordinarias para hacer valer su pretensión ante los tribunales de justicia, mediante los procedimientos especiales establecidos por la ley en ciertos casos o utilizando el procedimiento ordinario aplicable a la denominada “acción

⁴⁸ Pierry, P. “El Recurso de Protección y lo contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 165, 1977, pp. 177-178.

⁴⁹ Por todos, Saenger, F. “La lenta agonía del Recurso de Protección” y Soto K., E. “El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad), ambos en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, XXIX Jornadas de Derecho Público, pp. 263-264 y 273 y ss., respectivamente.

⁵⁰ En este sentido, ver Pierry, P. “El recurso de protección y lo contencioso administrativo”, ob. cit., pp. 177-178, y del mismo autor, “Tribunales contencioso administrativos”, ob. cit., pp. 103-104, y Zúñiga, F. “Recurso de Protección y contencioso administrativo”, ob. cit., pp. 107-108.

⁵¹ Ferrada, J.C. “El principio de control en la década 1990-2000”, ob. cit., p. 624.

de nulidad de derecho público”. No obstante, uno y otro mecanismo son considerados en general insuficientes para satisfacer los requerimientos de tutela judicial reclamados por el particular, en la medida que no contemplan todos los supuestos de infracciones al ordenamiento jurídico de parte de la Administración del Estado o constituyen una respuesta procesalmente inapropiada para este tipo de conflictos, en la medida que no considera la singularidad del asunto discutido.

De ahí que un importante sector doctrinal venga planteando desde hace un tiempo la necesidad de crear en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento jurisdiccional especial de aplicación general para resolver los conflictos entre la Administración y el ciudadano, ya sea que éste vea vulnerados sus derechos subjetivos o intereses legítimos.⁵² Obviamente, un procedimiento como éste deberá regular adecuadamente la cognición del asunto por el tribunal –sea éste ordinario o especial–,⁵³ permitiendo un debate y una rendición de pruebas coherentes con la complejidad de la cuestión disputada, reconociendo los principios contradictorio y bilateral propios de un proceso judicial. Asimismo, deberán contemplarse instrumentos apropiados a la naturaleza del procedimiento y a los intereses en conflicto, especialmente en relación a las medidas precautorias posibles de solicitar por las

partes, el contenido declarativo de la sentencia definitiva y la forma de ejecución de la misma.

Lo planteado anteriormente no implica la supresión de los procedimientos contencioso administrativos especiales previstos para ciertas materias, los que deberían seguir tramitándose de la misma forma, en la medida que se ajustan en mejor forma a la naturaleza del asunto debatido. De esta forma, el procedimiento contencioso administrativo de general aplicación sugerido viene –al igual que en el Derecho comparado–⁵⁴ a tener carácter supletorio en el ámbito administrativo, pudiendo siempre el legislador establecer un procedimiento especial que recoja en mejor medida lo discutido.

Esto tampoco supone el vaciamiento del Recurso de Protección o su inutilización en el ámbito contencioso administrativo, sino, al contrario, su plena aplicación en este ámbito en aquellos casos en que estamos ante un auténtico conflicto de derechos fundamentales, en que se requiere de una tutela judicial de los mismos de forma urgente. En otras palabras, el proceso de protección volvería a su cauce natural de instrumento de tutela urgente de derechos fundamentales, dejando entregados los conflictos ordinarios entre los órganos de la Administración del Estado y los ciudadanos, en que no se ven afectados los derechos fundamentales, a este procedimiento ordinario de general aplicación, al igual que en el ámbito civil o penal.

Esto último debería generar, por consecuencia, un fortalecimiento del Estado de Derecho, en la medida que aumenta el

⁵² Por todos, Pierry, P. “Tribunales contencioso administrativos”, ob. cit., pp. 103-104, y Pantoja, R. *La jurisdicción contenciosa-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000, pp. 13 y ss.

⁵³ En este punto no nos hacemos cargo de la polémica doctrinal del tipo tribunal que debería conocer de este asunto, aun cuando es claro que, en todo caso, debe ser un auténtico tribunal y no un órgano administrativo con funciones “cuasi jurisdiccionales”.

⁵⁴ En el mismo sentido, en el derecho italiano, ver Cassarino, S. “El problema de la jurisdicción administrativa”, en *Documentación Administrativa*, N°s 248-249, mayo-diciembre 1997, pp. 215 y ss.

control jurisdiccional de la actividad administrativa –protegiendo ahora no sólo derechos fundamentales, sino además otros derechos subjetivos y aun ciertos intereses legítimos–, y se reserva el Recurso de Protección para aquellos casos en que se vean comprometidos auténticos derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

1. El Recurso de Protección nace como un remedo jurisdiccional a la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo especial de general aplicación, tutelando así los derechos de los ciudadanos –especialmente los de carácter patrimonial– frente a la actividad de la Administración del Estado. Esto probablemente explica las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que se han hecho en su aplicación extensiva, jugando un rol decisivo en el control jurídico de la actividad administrativa.
2. El Recurso de Protección es un verdadero proceso judicial, en el que se resuelve un conflicto de relevancia jurídica, donde en la práctica se ejerce una pretensión frente a otro, lo que da lugar a un contradictorio entre partes. En este sentido, pareciera razonable exigir en este proceso la plena aplicación de las reglas jurídicas del debido proceso, sin perjuicio de reconocer su carácter sumario y concentrado que exige su aplicación para tutelar eficazmente los derechos fundamentales de los ciudadanos.
3. El Recurso de Protección, como proceso sumario, produce cosa juzgada formal, lo que supone deja a salvo la posibilidad de discutir en un proceso de lato conocimiento el asunto objeto del litigio. No obstante, en la medida en que lo discutido sea la jurisdicción de la actividad administrativa y la respuesta solicitada al tribunal sea la declaración de ilegalidad o arbitrariedad de aquélla, su decisión –a juicio de la doctrina mayoritaria– tendrá normalmente carácter irrevocable, lo que desvirtúa el efecto provisional de la sentencia judicial en aquel proceso.
4. El Recurso de Protección se ha utilizado como un mecanismo procesal para tutelar ampliamente los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, ampliándose –a partir de interpretaciones extensivas de las cláusulas generales de ciertos derechos fundamentales– a derechos subjetivos e intereses legítimos no amparados por esta vía procesal. En este sentido, el Recurso de Protección ha servido, aparentemente, más que como instrumento de tutela de derechos fundamentales, como vía de control de legalidad de la actuación administrativa.
5. Esta forma de operar del Recurso de Protección ha significado un desgaste de este procedimiento excepcional, vulgarizando su uso y debilitando la tutela global de los derechos fundamentales. En este contexto, pareciera necesario crear un nuevo proceso de control jurisdiccional de la actividad administrativa para aquellos casos en que se vean involucrados derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. De este modo, se reservaría el Recurso de Protección para la tutela exclusiva de los derechos fundamentales, fortaleciendo su aplicación, y derivando a un procedimiento ordinario los demás conflictos de relevancia jurídica entre la Administración y el ciudadano.