



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO
EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y SUS LÍMITES. A PROPÓSITO DE LAS “
CUESTIONES TÉCNICAS”
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 14, núm. 2, 2007, pp. 131-157
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041321007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y SUS LÍMITES. A PROPÓSITO DE LAS “CUESTIONES TÉCNICAS”

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA*

RESUMEN: *El artículo examina el recurso de protección y sus “límites”, específicamente frente a “cuestiones técnicas”, empleando como pretexto la impugnación de los dictámenes del Panel de Expertos.*

PALABRAS CLAVE: Recurso de Protección - Revisión Judicial - Derechos - Límites.

RECURSO DE PROTECCIÓN AND ITS LIMITS REGARDING “TECHNICAL MATTERS”

ABSTRACT: *This article examines the so called “recurso de protección” and its limits, especially facing “technical matters”, using the impugnation as a pretext of the decisions of the Panel of Experts.*

KEY WORDS: Protection action - Judicial Review - Rights - Limits.

SUMARIO: 1) Prolegómenos. 2) Nueva regulación del sector eléctrico. 3) El Panel de Expertos ante la Ley General de Servicios Eléctricos y su funcionamiento. 4) Jurisprudencia en sede de Recurso de Protección. 5) Comentario a la jurisprudencia acerca de los “límites” del Recurso de Protección. 6) Comentario final.

1) PROLEGÓMENOS

Los “límites” del recurso de protección son una consecuencia directa de la naturaleza de la acción constitucional y del tipo de proceso que instaura, así como de los fines que persigue, lo que se liga necesariamente

* Abogado. Postgraduado en Derecho Público y Comparado, Universidades Autónoma y Complutense de Madrid y postgrado en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España). Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales. Correo electrónico: zdc@zdcabogados.cl
Fecha de recepción: 30 de octubre de 2007.
Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2007.

a su inserción en el cuadro de garantías de un Estado de Derecho que busca preservar el imperio de la legalidad o juridicidad en conexión con la eficacia de los derechos fundamentales¹.

Por ello, como hemos tenido ocasión de señalar hace más de una década: el recurso de protección reconoce como ámbito inmune a la jurisdicción o justiciabilidad la de los actos políticos, lo que tiene recepción en la doctrina europea de raíz francesa de la no justiciabilidad de los actos de Gobierno y en la doctrina angloamericana de la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas”. Un ejemplo elocuente lo encontramos en el reciente conflicto de poder entre la Corte de Apelaciones de Valparaíso y la Cámara de Diputados con ocasión de la admisión a trámite y petición de informe a la Cámara Baja acerca de un acto parlamentario expedido en el marco del *iter legis* de un proyecto de ley. Pero junto a aquellas inmunidades de jurisdicción, de las que recela el Estado de Derecho, cabe reconocer “límites” del recurso de protección (acción y proceso de amparo), no así de la justiciabilidad, derivados de su naturaleza y fines, es decir, en cuanto proceso de cognición sumario, urgente y extraordinario.

En esta ocasión de vueltas con el recurso de protección abordaremos los “límites” del recurso de protección en el campo de las “cuestiones técnicas” implicadas en actos administrativos o decisiones que son fruto del ejercicio de potestades regladas o discretionales, o de un *iter* con momentos reglados y discretionales². Y para este efecto nada mejor que un pretexto: las “cuestiones técnicas” que son competencia del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos, y que han sido objeto de impugnación vía recursos de protección, y que en general, las mentadas “cuestiones técnicas” en el amparo latinoamericano han representado un grueso problema³.

¹ CASTRO, Juventino V. (1991) *Garantías y Amparo*. México D.F. Edit. Porrúa S.A.; y libro colectivo editado por NOGUEIRA A., Humberto (2000) *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Edic. Universidad de Talca-LOM. También para la noción de Estado de Derecho y garantías un autor clásico como JELLINEK, Georg (1970) *Teoría General del Estado*. Estudio y traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Edit Albatros, pp. 274-280 y 591-596.

² SESIN, Domingo Juan (1994) *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial* Buenos Aires: Edit. Depalma. También un texto de obligada consulta del jurista argentino MAIRAL, Héctor (1984) *Control judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Edit. Depalma.

³ FIX ZAMUDIO, Héctor (1995) *Metodología, docencia e investigación jurídica*. México D.F.: Edit. Porrúa, en especial capítulo “El Juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal”, pp. 175-217. Una visión panorámica contemporánea en trabajo colectivo de FERRADA BÓRQUEZ, J.C.; BORDALÍ SALAMANCA, A. y CAZOR ALISTE, K. (2004) “El Amparo Constitucional contra los Actos de la Administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno”. *Ius et Praxis*. Año 10 Nº 2, pp. 169-195.

La interposición de dos recursos de protección en contra de dictámenes del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL N° 4, del Ministerio de Economía, de 2006), motiva o sirve de pretexto a esta exposición abordándose en ella la *vexata quaestio* acerca de la justiciabilidad de las decisiones de este órgano de la Administración del Estado, en conexión directa con los límites que posee esta acción constitucional dada su naturaleza y fines⁴. A nuestro juicio este es el único camino para no caer en un falso dilema: tutela judicial plena o aceptación de inmunidades del poder estatal, de suerte que el derecho a tutela judicial abre un abanico de medios impugnativos y procesos adecuados, según su específica naturaleza y fines, a la heterocomposición del conflicto y el derecho objetivo o subjetivo comprometido en la decisión.

Es en este contexto en que el recurso de protección en particular y el proceso de amparo de derechos fundamentales en general reconoce límites derivados de su naturaleza y fines, nos autoriza a hablar de una “elefantiasis” de la acción constitucional, agravada por el empleo abusivo en la realidad práctica forense de este medio.

Ahora bien, en relación a los recursos que sirven de pretexto a esta exposición, en el primero de Chilectra S.A. en contra de los miembros del Panel de Expertos (Rol N° 5712-2005 de la Corte de Apelaciones de Santiago), se invocan como derechos lesionados por el acto impugnado los del artículo 19 N° 24 (dominio sobre el derecho a las tarifas de servicios asociados) y N° 21 (derecho a desarrollar actividades económicas lícitas) de la Constitución Política de la República (C.P.R.), recurso declarado inadmisible *in limine litis*, mediante un auto que señala que los hechos descritos exceden las materias a ser conocidas por vía de protección; y en el segundo la misma empresa (Rol N° 585-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago) invoca como derechos lesionados por el acto impugnado los del artículo 19 N° 2 (igualdad ante la ley), N° 21 (derecho a desarrollar actividades económicas lícitas), N° 22 (igualdad en el trato por parte del Estado y sus organismos en materia económica, prohibiéndose discriminaciones arbitrarias), y N° 24 (derecho de propiedad referido a las inversiones e instalaciones) todos de la Constitución, rechazado mediante sentencia de primer grado. En ambos casos el Panel de Expertos resolvió discrepancias planteadas por las empresas.

En efecto, en otro lugar hemos definido el recurso de protección como una acción de rango constitucional que permite incoar un proceso de amparo de derechos fundamentales de naturaleza cautelar especial, abreviada, de urgencia y extraordinario, que permite corregir o enmendar actos antijurídicos lesivos de tales derechos, restableciendo un *statu quo*

⁴ GOZAÍN, OSVALDO A. (1995) *Derecho de Amparo*. Buenos Aires: Edit. Depalma, en especial sobre la naturaleza del amparo y tipos de amparo, pp. 1-22.

o apariencia de imperio del derecho⁵. En consecuencia, a título ejemplar el recurso de protección no es la vía procesal idónea para impugnar decisiones administrativas adoptadas con sujeción a una competencia y procedimiento tasados de órganos técnicos de la Administración del Estado o para resolver cuestiones de lato conocimiento, sin perjuicio de admitir por esta vía procesal la corrección o enmienda de actos materiales y formales, positivos y negativos, palmariamente antijurídicos o simplemente actos inscritos en una antijuridicidad desnuda o “vías de hecho”⁶.

2) NUEVA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

Con la Ley N° 19.940 del año 2004 se ha dado un salto cualitativo para mejorar la regulación legal aplicable al sector eléctrico. Los recursos comentados en esta ponencia designan la primera ocasión en que, desde su entrada en vigencia, la aplicación de sus normas son traídas a examen en sede judicial, por lo que parece conveniente a sumario de exposición de esta nueva regulación.

De los tres segmentos que componen esta actividad económica (servicios eléctricos), la generación, el transporte o transmisión y la distribución, dicha ley se concentró especialmente en la transmisión-subtransmisión, por entender el legislador que en este segmento se concentraban las mayores trabas al desarrollo de la industria eléctrica.

Así es como se introducen innovaciones sustanciales tanto en el modelo o diseño del sector como asimismo en los procedimientos para determinar las tarifas o peajes aplicables al servicio. El Mensaje presidencial definió la propuesta legislativa en los siguientes términos:

“(...) la regulación en transmisión debiera apuntar a generar los incentivos de eficiencia económica y técnica, de modo que la red se desarrolle a mínimo costo, se logren adecuados niveles de confiabilidad, se adapte a los requerimientos de generadores y consumidores para maximizar la utilización óptima de los recursos del sistema, se remunere adecuadamente al propietario del sistema de transmisión, y no se vea obstaculizada la competencia en la generación por trabas en los segmentos naturalmente monopólicos”.

Desde luego, tales objetivos revisten la naturaleza de principios económicos que han sido llevados a la Ley General de Servicios Eléctricos como normas de derecho positivo que habilitan la aplicación de un nuevo

⁵ ZÚÑIGA U., Francisco (1997) “Recurso de Protección y contencioso administrativo”. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción* N° 202.

⁶ GÓMEZ B., Gastón (2005) *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

modelo económico para el transporte de electricidad en el que destacan las nociones de eficiencia económica, adaptación a la demanda, mínimo costo o remuneración adecuada de las inversiones que en este caso preciso lo representa una tasa de 10% de costo de capital.

El otro aspecto de la innovación normativa comentada se refiere a la forma de su aplicación con vistas a determinar las instalaciones óptimas, así como sus costos en inversión y operación y los correspondientes ingresos de la empresa operadora. Me refiero a los procedimientos de fijación de tarifas de los servicios correspondientes en los que se ha innovado en cuatro aspectos fundamentales:

1. La asunción de la connotación técnica de los procesos para determinar costos y tarifas,
2. La radicación de la elaboración de estudios técnicos en consultores independientes del órgano regulador,
3. La intervención de un tercero independiente e imparcial en supuestos de controversias entre la autoridad y las empresas denominado Panel de Expertos y
4. La asimilación de los principios de transparencia, publicidad y participación en todo el proceso.

Podemos identificar esta nueva regulación desde el punto de vista económico como un modelo que conjuga debidamente los requerimientos de seguridad de suministro energético, calidad de servicio y mínimo costo que demandan los usuarios con la rentabilidad adecuada de las empresas prestadoras de actividades calificadas legalmente de servicio público, según se dispone en el nuevo artículo 7º de la LGSE. Y desde el punto de vista legal como una regulación apropiada de materias económicas, con franca reducción de la discrecionalidad administrativa y preeminencia de los estudios y fundamentos técnicos de la decisión tarifaria⁷.

3) EL PANEL DE EXPERTOS ANTE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS Y SU FUNCIONAMIENTO

En el contexto descrito y como producto de esta nueva regulación la Ley N° 19.940 procedió a la creación de un Panel de Expertos de la Ley

⁷ Consultar para una visión del tema del Estado Regulador y la necesidad de racionalizar el procedimiento de decisiones administrativas en el sector servicios por la vía de instaurar un Tribunal Nacional Económico el libro de JADRESIC, A.; BLANLOT, V.; y SAN MARTÍN, G. (2001) *La Nueva Regulación*. Santiago: Dolmen Ediciones, y sobre el sector eléctrico en general el libro de EVANS ESPÍNEIRA, E. (2006) *Derecho Eléctrico*. Santiago: LexisNexis.

General de Servicios Eléctricos (Título VI, artículos 208 y siguientes del DFL N° 4, del Ministerio de Economía de 2006 y Reglamento fijado en D.S. N° 181, del Ministerio de Economía, de 2004) como órgano de la Administración del Estado, de integración colegiada, mixta escabina y letrada, con un perfil funcional dual (administrativo y quasi jurisdiccional), con las características de excelencia técnica, independencia, e imparcialidad para dirimir o resolver las discrepancias que en casos específicos pudieran producirse con motivo de la aplicación de la LGSE⁸.

El Panel de Expertos tiene un carácter técnico y especializado, que resulta avalado y exigido de modo nítido por la legislación eléctrica a través de varias vías:

1. Cuando exige el inciso 1º del artículo 209 que lo integren siete profesionales de “amplia trayectoria profesional o académica y que acrediten, en materias técnicas, económicas o jurídicas del sector eléctrico, dominio y experiencia laboral mínima de tres años”.
2. Por el tipo de materias que somete a su conocimiento y no solo en cuanto al enunciado de las mismas sino porque, además, todas ellas se presentan en forma de estudios técnicos elaborados por especialistas, y
3. Por su especial *ratio decidendi*, consistente en decidir cada caso solo mediante el estudio de cada una de las opciones técnicas que le presentan los sujetos o empresas discrepantes.

Que haya predominio del enfoque técnico es pues justamente lo que quiere la ley, un diseño de esta instancia enderezada a disminuir el “riesgo regulatorio”, objetivo recurrente del Legislador de la Ley Corta I.

Para ello precisamente y por vía ejemplar, ha ordenado la ley que en los procesos tarifarios se realicen sendos estudios técnicos. Ha ordenado también la ley que ante tales estudios el órgano regulador emita un Informe técnico y que cada empresa, si discrepa, proponga sus alternativas con los fundamentos técnicos correspondientes.

Si se pide preeminencia del enfoque jurídico, cuando la materia es técnica, se está pidiendo que el derecho sea decidido por ingenieros dado que los votos de dos letrados no hacen mayoría en el Panel de Expertos.

Además, si este órgano impone soluciones jurídicas a las materias técnicas que debe decidir está asumiendo, por la vía de los hechos, fun-

⁸ La materia la hemos abordado con anterioridad en dos ponencias presentadas a las Jornadas de Derecho Eléctrico en las que disentimos de los planteamientos del profesor Alejandro VERGARA BLANCO, publicadas en *Revista de Derecho Administrativo Económico* 2004-2005, Pontificia Universidad Católica de Chile. Consultar VERGARA BLANCO, A. (2005) “El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del ‘Panel de Expertos’ ”. En FERRADA BÓRQUEZ, J.C. (coordinador) *La Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis, pp. 241-270.

ciones jurisdiccionales que expresamente no han sido ni contempladas en la ley que regula su funcionamiento ni tampoco admitidas en su oportunidad por la Excmo. Corte Suprema al señalar que el Panel de Expertos no es un órgano jurisdiccional (oficio de 27 de noviembre de 2003, dirigido a la Cámara de Diputados con motivo del trámite legislativo que creaba este órgano).

En este contexto el Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos ha solucionado un centenar de discrepancias en sus tres años de existencia. Ha habido también otras ocasiones en que las empresas han traído alegatos que implican revisión de la juridicidad de las actuaciones administrativas y el Panel no ha asumido la atribución de pronunciarse.

Un buen ejemplo a propósito de la competencia tasada del Panel de Expertos es que la empresa Chilectra S.A., junto con otras empresas distribuidoras alegó vicios de ilegalidad en las actuaciones de la CNE con motivo de la fijación de tarifas por los servicios asociados a la distribución. El dictamen N° 7 del año 2005, emitido al respecto por el Panel de Expertos se mantuvo en su ámbito técnico y posteriormente, las empresas presentaron sus reparos jurídicos a la Contraloría General de la República y este órgano, acogiendo las presentaciones de las empresas, procedió a dictaminar la devolución sin toma de razón del decreto supremo que fijaba tarifas a dichos servicios. Luego no se puede sostener que solo en instancia judicial se puede evaluar la legalidad de las actuaciones administrativas.

Ciertamente resulta un camino complejo, por los altos costos de transacción involucrados, judicializar lo técnico, sea en vías ordinarias o vías extraordinarias, y con tal premisa se instituyó el Panel de Expertos. En efecto, naturaleza técnica corresponde en este caso a las ciencias económicas e ingeniería en su especialidad de organización industrial y de funcionamiento de sistemas eléctricos y mercados con base en redes que constituyen monopolios naturales como lo es el transporte de energía en sus diversas etapas. Por ello, conviene precisar una vez más que el Panel de Expertos es un órgano idóneo para estudiar y solucionar materias técnicas cuando en torno a ellas se suscitan discrepancias⁹.

La LGSE creó al Panel de Expertos como instancia técnica, estableciendo en forma acotada las materias técnicas en las que debía pronunciarse. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia eligió a ingenieros, economistas y abogados que lo integran, en tanto expertos en mercados y sistemas eléctricos. Así, todas las empresas eléctricas y los clientes libres que han recurrido al Panel de Expertos, lo han hecho confiando en la capacidad técnica del Panel de Expertos para pronunciarse en materias técnicas.

⁹ VERGARA BLANCO, A. (2004) *Derecho Eléctrico*. Santiago: LexisNexis.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que de las dos circunstancias concurrentes antes referidas: materia técnica de lo discutido en las discrepancias y existencia de un órgano técnico, independiente e imparcial idóneo, surge con fuerza una conclusión evidente: la inidoneidad de la acción de protección como sucedáneo del contencioso administrativo anulatorio, sea de la decisión del Panel de Expertos o de un acto administrativo de la autoridad regulatoria. Ello se asila además en una copiosa jurisprudencia de protección de nuestros tribunales como, por ejemplo, la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 1853-2005, de fecha 30 de mayo de 2005, dictada en sede de apelación de protección la que señala:

“Décimo: Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de las COREMA Décima Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la resolución de calificación ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a la entidades de la Administración, sino solo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (...) y han afectado alguno de los derechos mencionados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de las acciones ordinarias que sea procedentes, tanto en el orden civil como en el administrativo”. (R.G.J. N° 299, mayo 2005, pp. 44 a 73).

En el mismo sentido, la Excma. Corte de Suprema, en sentencia Rol N° 764-2002, de 19 de junio de 2002, señala que el recurso de protección es una vía inidónea para impugnar decisiones técnicas; precisamente, con motivo de la identificación de la naturaleza jurídica de la resolución de calificación ambiental, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal señaló:

“4º.- Este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan prever, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión, y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente”. (R.G.J. on line, ídem)

4) JURISPRUDENCIA EN SEDE DE RECURSO DE PROTECCIÓN

Un sumario examen de la jurisprudencia en sede de protección, que exige consignar como regla que la sentencia recaída en el recurso de protección hace tránsito generalmente solo a cosa juzgada formal, para efectos

de su análisis conducente a establecer la doctrina jurisprudencial nos permite establecer y trabajar con una distinción básica: *obiter dicta* y *ratio decidendi*. El *obiter dicta* nos permite identificar los fundamentos de una decisión incidental o accesoria del tribunal, pero relevante y que constituye doctrina jurisprudencial. La *ratio decidendi* nos permite identificar la estructura argumentativa de la sentencia, y por ende su doctrina jurisprudencial. Con esta distinción básica abordaremos un comentario a las decisiones judiciales, que en sede de protección, emanan de la Corte de Apelaciones de Santiago y nos permiten hablar de una doctrina jurisprudencial en torno a los alcances del inciso tercero del artículo 211 de la LGSE y de los límites del recurso de protección como vía impugnatoria.

Del modo expuesto, el *obiter dicta* nos permite resolver el alcance que tiene el inciso tercero del artículo 211 de la Ley General de Servicios Eléctricos, es decir, si efectivamente la ley establece una inmunidad de jurisdicción, lo que de suyo la hace radicalmente inconstitucional, o si más bien la ley establece una regla de irrecorribilidad limitada en sus alcances. Sobre el particular la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 585-2007 dispuso:

“6º.- Que, atendida la naturaleza y finalidades del recurso o acción de protección, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y de lo planteado por el recurrente y la recurrida, corresponde determinar, como cuestión previa antes de entrar al fondo del negocio jurídico, si el acto impugnado es o no recurrible por esta vía de protección, teniendo en consideración lo señalado en el artículo 133 de la Ley General de Servicios Eléctricos; en seguida, en su caso, si tal acto es ilegal o arbitrario y, finalmente, y en el evento afirmativo, si afecta o no las garantías constitucionales invocadas por el actor.

7º.- Que en cuanto al primer aspecto, esto es, si el acto impugnado puede ser recurrible por vía de protección, previo al entrar al fondo de la materia discutida, cabe tener presente que siendo el recurso de protección una acción de rango constitucional, solo nuestra Carta Fundamental podría limitarlo, consecuencialmente, ninguna norma de rango inferior, como sería una ley, podría impedir su interposición, ya que ello atentaría gravemente contra el principio de supremacía constitucional y dejaría al arbitrio del legislador una materia que es propia y excluyente del constituyente.

Que analizando específicamente el punto en comento, el profesor de Derecho Constitucional, y actual presidente del Tribunal Constitucional, don José Luis Cea Egaña señala, en lo pertinente, que “La Constitución es la fuente, primera y máxima de los valores, principios y preceptos jurídicos en el Estado de Derecho (...) No existe ni puede regir, entonces, código, disposición legal, texto reglamentario ni convención alguna que no se entienda y aplique prescindiendo de lo dispuesto en la Carta Fundamental (...) Resulta insostenible, por lo tanto, invocar pronunciamiento alguno, cualquiera sea el

órgano o ente que lo amerite, cuyo designio sea impedir, obstruir o alterar el efecto normativo de la Carta Fundamental” (transcripción de lo consignado en el libelo de fojas 1 y siguientes).

8º.- Que en atención a lo señalado en el basamento que antecede, es dable concluir que el acto impugnado puede ser, por su propia naturaleza, motivo del recurso de protección consignado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, por lo que cabe al respecto desestimar la pretensión de la recurrente en cuanto a la prevalencia del inciso tercero, parte final, del artículo 133 invocado en el caso sub judice.

El *obiter dicta* citado se inclina por una interpretación conforme a la Constitución del inciso tercero del artículo 211 de la LGSE, para salvar su legitimidad constitucional, desestimando que la regla de irrecurribilidad resulte aplicable para el recurso de protección en cuanto acción estudiada por el artículo 20 de la Constitución y que por ende, pueda ser entendida como una inmunidad de jurisdicción. De este modo, se evita la eventual instauración de un proceso ante el Tribunal Constitucional para determinar la legitimidad constitucional del precepto del inciso tercero del artículo 211 de la LGSE.

En cuanto a la *ratio decidendi* o estructura argumentativa empleada por la Corte de Apelaciones de Santiago para resolver acerca de las materias ventiladas en sede de protección y que son competencia del Panel de Expertos, en realidad el criterio jurisprudencial opta por la inidoneidad del recurso de protección en “cuestiones técnicas”, en un caso por la vía de la inadmisión del recurso y en el otro por la vía de su rechazo, que es en el fondo una inadmisibilidad o improcedencia (previstas a partir de la reforma del Auto Acordado de 1992 del año 1998) sea *in limine litis* por la vía del auto de inadmisión (Rol N° 5712-2005) o bien sea *ex post litis* por la vía de la sentencia definitiva (Rol N° 585-2007).

En la especie el auto de inadmisión no admite a trámite el recurso de protección interpuesto por Chilectra S.A. en contra los miembros del Panel de Expertos en razón de que: “... los hechos descritos en la presentación de fojas 3 exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso, condiciones en las que tiene aplicación la norma inadmisibilidad establecida en el auto acordado respectivo con las expresiones manifiesta falta de fundamentos” (resolución de 23 de agosto de 2005).

También en la especie la sentencia definitiva citada rechaza el recurso de protección interpuesto por Chilectra S.A. dirigido contra el Panel de Expertos, rechazo que en el fondo es una improcedencia o inadmisibilidad *ex post litis*, fundado en:

“9º.- Que en cuanto a la ilegalidad o arbitrariedad que se le atribuye al Dictamen N° 7-2006 emitido por el Panel de Expertos que resolvió ciertas

discrepancias que le fueron sometidas a su conocimiento y resolución por Chilectra S.A. que se estiman por el actor habría conculado las garantías constitucionales que invoca, corresponde, en primer término, determinar las normas legales que regulan el actuar del Panel de Expertos creados por la ley 19.840 como, asimismo, las funciones que le corresponde desempeñar dentro del marco legal.

De acuerdo a lo que se infiere del Título VI de la Ley General de Servicios Eléctricos, el Panel de Expertos es un organismo independiente creado para dirimir conflictos específicos y de carácter técnico en el sector eléctrico, extendiendo su competencia a todos los procesos tarifarios de servicios públicos eléctricos de transporte de electricidad y, parcialmente, de distribución, correspondiéndoles, además, dirimir las discrepancias entre empresas que integran el organismo coordinador de los sistemas eléctricos; para ejercer su competencia técnica el referido Panel debe ser requerido por alguna parte. La solución de una discrepancia le corresponde hacerla, por imperativo legal, mediante opción de alguna de las alternativas en debate entre las partes, no pudiendo adoptar valores intermedios.

Según la Ley General de Servicios Eléctricos el dictamen en referencia es vinculante para las partes, constituyendo una decisión técnica que zanja una discrepancia entre las empresas reguladas y el órgano regulador e impide que ella se convierta en un obstáculo para la continuidad de un proceso administrativo tarifario.

10º.- Que es un hecho no controvertido que Chilectra S.A., con motivo de discrepar con las observaciones y correcciones que realizó la Comisión Nacional de Energía al Estudio Técnico para la determinación del valor anual de Sistema de Subtransmisión, junto con las fórmulas tarifarias respectivas, correspondiente al cuadriénio 2006-2009 presentando por el consultor de la recurrente, efectuó una presentación ante el Panel de Expertos para los efectos de dirimir las discrepancias que se le habrían formulado de acuerdo a lo establecido en el artículo 71-39 LGSE, evacuando dicho organismo el dictamen 7-2006 al tenor de lo establecido en el artículo 133 del cuerpo legal antes señalado, el cual, de acuerdo a lo que se infiere de lo expuesto por el actor, tanto en su presentación de fojas 1 y siguientes y en estrados, no satisface las expectativas de la recurrente, lo cual, a juicio de esta Corte, no constituye un acto ilegal, pues ha sido emitido formalmente de conformidad a la normativa legal en referencia, ni puede ser calificado de arbitrario, ya que no es producto del capricho de los integrantes del Panel de Expertos, sino del estudio técnico fundado efectuados por estos y resuelto al tenor de las alternativas en discusión dentro del marco normativo correspondiente.

11º.- Que, a mayor abundamiento, corresponde tener presente, que dada la naturaleza cautelar, no contradictoria y sumaria, del arbitrio constitucional en estudio, el ámbito de su aplicación corresponde limitarlo a aquellos actos cuya ilegalidad o arbitrariedad son evidentes. Atendidas las circunstancias y modalidades concretas de la situación de que se trata, lo que en la especie

a juicio de esta Corte, no ocurre, por lo que, atendida su naturaleza cautelar, impide que el recurso en comento pueda emplearse, para dilucidar criterios de aplicación de leyes, en especial, cuando estos inciden en materias técnicas entregadas por ley a profesionales idóneos, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

12º.- Que, atendido el mérito de lo razonado en los basamentos que anteceden, es dable concluir que en el caso sub lite no se encuentra acreditada la existencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales capaz de causar una directa e inmediata vulneración contra una o más de las garantías constitucionales invocadas, más aún, esta Corte estima que la recurrida al evacuar el dictamen impugnado ha obrado de acuerdo a la normativa legal tantas veces señalada y, por lo mismo, se hace inconducente el análisis de los derechos y garantías constitucionales que se dicen conculcadas.

5) COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA ACERCA DE LOS “LÍMITES” DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

A mayor abundamiento de lo señalado en el apartado anterior en relación a las materias o “cuestiones técnicas” concernidas en los recursos de protección interpuestos por Chilectra S.A. y que sirven de base para la inadmisión o rechazo de los recursos, se hace necesario tener presente nuestra abundante jurisprudencia en sede protección, la que ha definido claramente la naturaleza del recurso de protección y las razones que lo hacen inadmisible *in limine litis o ex post litis* cuando por esta vía se hace frente a cuestiones de lato conocimiento¹⁰.

En efecto, el recurso de protección en cuanto a su naturaleza es una acción constitucional, que incoa un proceso de amparo de derechos fundamentales, que permite impugnar actos positivos o negativos ilegales o arbitrarios lesivos de los derechos, y cuya finalidad es exigir una expedita o urgente tutela judicial restauradora a través de una sentencia que por

¹⁰ JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN G., Juan Carlos (1996) *Recurso de Protección y Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. También NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2002) “Límites al recurso de protección en materia contractual”. *Revista de Derecho. Universidad Finis Terrae*, Año 6 N° 5. También consultar a BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (1999) “El Proceso de Protección”. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, Vol X pp. 43-58 y de él mismo (2003) *Temas de Derecho Procesal Constitucional*”. Santiago: Edit. Fallos del Mes, pp. 119-149. Sobre los límites de recurso de protección como sucedáneo del contencioso administrativo es muy útil consultar a 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. Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV, pp. 67-81. También consultar a FERRADA BÓRQUEZ, J.C. (2005) “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”. En él mismo (coordinador) *La Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis, pp. 129-164.

regla general hace tránsito a cosa juzgada formal. En rigor la acción de protección instaura en palabras de Bordalí "...un proceso sumario especial, que permite dar efectividad urgente, aunque con un carácter provisional, a los derechos fundamentales"¹¹. Consecuencialmente, circunscrita la naturaleza y fines de la acción de protección, subsisten eventualmente en relación al conflicto de fondo, sus sujetos y derecho "...los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes", tal como dispone la parte final del el inciso 1º del artículo 20 de la Constitución.

Por todo ello reiteramos, el recurso de protección por exigencias de su naturaleza y fines restituye el estado de cosas a fin de asegurar el imperio del derecho, y de derechos fundamentales sólidos o ciertos; por lo que no es una vía procesal impugnatoria adecuada o idónea para resolver cuestiones técnicas o complejas encomendadas por la ley a órganos técnicos de la Administración del Estado, que de suyo son de lato conocimiento, y por tanto no son objeto de acciones cautelares sino de acciones declarativas.

Por último, el recurso de protección entiende que un derecho o situación jurídicamente relevante está bajo el imperio del derecho, cuando ha sido resuelto por un órgano del Estado con sujeción a un procedimiento legal y a un derecho material ajustado al principio de juridicidad. Ello ocurre con los recursos comentados, pues los fundamentos de los recursos de protección de Chilectra S.A., ya habían sido planteados como discrepancias ante el Panel de Expertos en un procedimiento reglado y resueltos por esta instancia técnica, independiente e imparcial.

Antes de concluir este capítulo es menester compendiar sumariamente la jurisprudencia citando fragmentariamente sentencias al efecto y establecer la doctrina jurisprudencial reciente sobre los límites de recurso de protección frente a cuestiones de lato conocimiento en general y “cuestiones técnicas” en particular, puestas en conexión con la naturaleza y fines de la acción constitucional:

5.1 Cuestiones de lato conocimiento: inidoneidad del Recurso de Protección

a) *El Recurso de Protección es una acción específica de emergencia, con un procedimiento rápido e informal*

Doctrina: 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

¹¹ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1994) “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”. *Gaceta Jurídica* N° 171.

del derecho; pero es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo, porque son de lato conocimiento.

C. Suprema, 22 junio 1992, R.G.J. N° 144, p. 57.

“^{5º}) (...) Por la naturaleza del recurso de protección, éste está destinado a dictar medidas rápidas y urgentes tendientes a solucionar un conflicto que implique mediante un acto arbitrario e ilegal se perturbe, amenace o prive el legítimo ejercicio de un derecho de aquellos que protege con este arbitrio jurisdiccional el artículo 20 de la Carta Fundamental, o que se incurra en igual gravamen por la vía de la omisión, y en tal sentido el juzgador está obligado a dictar las que sean necesarias atendidas las circunstancias del caso, pero la base fundamental en que descansa el recurso es en el presupuesto de que el recurrente es titular de los derechos que estima amagados, de allí que no se pueda por esta vía emitir juicios declarativos de derechos, ya que esto es propio de los llamados juicios declarativos, valga la redundancia”.

- b) *El Recurso de Protección es una acción cautelar cuyo objeto es solucionar prontamente situaciones de hecho*

Doctrina: 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 de 15 días contados desde el acto perturbatorio, referido a las garantías especialmente protegidas por la Constitución y cuando el recurrido haya actuado ilegal o arbitrariamente. No obstante lo anterior y dadas las características del recurso, a las partes le quedan expresamente libres las acciones ordinarias que correspondan.

C. Suprema, 28 de octubre 1992, R.G.J. N° 148, p. 45.

“^{4º}.- Que el recurso de protección es 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 de 15 días contados desde el acto perturbatorio, referido a las garantías especialmente protegidas por la Constitución del Estado y cuando el recurrido lo haya hecho ilegal o arbitrariamente. No obstante lo anterior y dadas las características del recurso, a las partes le quedan expresamente libres las acciones ordinarias que correspondan”.

- c) *Antijuridicidad corregida por el Recurso de Protección: Infracción debe ser patente, manifiesta, grave y palmariamente antijurídica*

Doctrina: En consecuencia, el objetivo propio y restringido de este recurso es reaccionar contra una situación de hecho, evidentemente anormal, que lesiona alguna garantía individual determinada.

C. Pedro Aguirre Cerda, 21 octubre 1991, R.G.J. N° 136, p. 72.
“*6º.- Que, con mucho acierto se ha precisado que la privación, perturbación o amenaza, dada la índole procesal de este recurso, los brevísimos plazos de tramitación y fallo de que se dispone de conformidad con el artículo 8º del auto acordado de la Excma. Corte Suprema de 29 de marzo de 1977, en armonía con la frase “la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperios del derecho”, refiriéndose a la Corte de Apelaciones, que usa el citado artículo 20 de la Constitución y dado que cualquiera que sea la decisión que en él recaiga, quedan a salvo los demás derechos que se pueden hacer valer ante la autoridades o los tribunales, debe ser algo patente, manifiesto, grave y palmario, que, apartándose evidentemente de la ley o de la natural equidad que rige el orden social de un país civilizado, exija la intervención inmediata de la justicia, a través de una medida que se ha dado en llamar “cautelar”, a favor del ofendido, a quien, no obstante, se le franquea la posibilidad (y lo mismo puede decirse del supuesto ofensor) de recurrir a los procedimientos ordinarios y regulares en defensa de sus derechos o prerrogativas...*”

d) El Recurso de Protección se dirige contra actos cuya arbitrariedad o ilegalidad sean evidentes

Doctrina: Dada 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.

C. Suprema, 9 julio 1993, R.G.J. N° 159, p. 180.

“*5) Que el recurso de protección reglado por el artículo 20 de la Constitución Política tiene por objetivo garantizar los derechos fundamentales que esa norma enumera, en contra de las privaciones, perturbaciones o amenaza que en su legítimo ejercicio pueden sufrir a consecuencia de “actos u omisiones arbitrarios o ilegales”, ello “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el afectado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Dada 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, ostensibles, atendidas las circunstancias y modalidades concretas de la situación de que se trata...”.*

e) Materias de lato conocimiento: a través de esta acción no se pueden obtener pronunciamientos judiciales declarativos

C. Santiago, 14 de julio 1997 y C. Suprema, 8 octubre 1997, R.G.J. N° 208, p. 38 y siguientes.

“*3º.- El recurso de protección constituye jurídicamente una acción constitucional destinada a amparar el legítimo ejercicio de derechos indiscutidos y preexistentes, adoptándose providencias para poner remedio a un acto arbit-*

trario o ilegal que afecta ese ejercicio, pero su misma naturaleza cautelar impide que este arbitrio pueda emplearse para declarar o constituir situaciones jurídicas nuevas, para el análisis de interpretaciones de normas jurídicas o para dilucidar criterios de aplicación de leyes o de contratos”.

Doctrina: Las materias que plantea el recurso son cuestiones propias de un juicio de lato conocimiento, escapando por lo mismo de la finalidad y naturaleza del recurso de protección.

C. Suprema, 12 septiembre 1991, R.G.J. N° 137, p. 107.

“5º.- Que en este caso se plantean cuestiones de lato conocimiento, como son la naturaleza misma de la prestación pagada con retraso; la procedencia legal del pago de los reajustes; la fecha a contar de la cual se devengarían los intereses, etc. Tales materias requieren que por la correspondiente vía jurisdiccional se declare y reconozca el derecho a las prestaciones que se reclaman, cuestión esta que escapa a la verdadera finalidad y naturaleza de este recurso cautelar, que no es el medio idóneo para obtener declaraciones o decisiones relativas al establecimiento o constitución de un derecho, sino que –tratándose de aquellos derechos y garantías que el citado artículo 20 menciona– para restablecer o mantener en su legítimo ejercicio, a quien sufra privación o amenaza en virtud de actos u omisiones arbitrarios o ilegales”.

C. Santiago, 15 abril 1993, R.G.J. N° 154, p. 71.

“8º.- Que no obstante que lo ya dicho sería suficiente para rechazar el recurso, y en relación con los demás asuntos que éste plantea, es preciso establecer, primeramente, que dada la amplitud otorgada al recurso de protección por la Constitución Política, no es posible desconocer que la Contraloría General de la República puede ser sujeto pasivo en este procedimiento cautelar, si su acción resulta ilegal o arbitraria; pero, tratándose de asuntos que por su materia corresponden a un juicio ordinario, solo podrían ser dilucidados mediante la protección cuando los antecedentes apareciera necesario proceder con rapidez para proteger un derecho lesionado, porque lo que el artículo 20 de la Constitución quiere es que se restablezca el imperio del derecho quebrantado por un acto ilegal o arbitrario, y no es éste el caso del recurrente, que obtuvo sus beneficios provisionales por resolución N° 1.097, de 17 de julio de 1991, del Departamento de Previsión de Carabineros de Chile; que él ha interpretado en sentido diverso al de la Contraloría General las leyes aplicables, y que no habiéndose acogido su interpretación en reiterados dictámenes de ese organismo, reclama ahora protección de los derechos que emanaría de la hipótesis en que él discurre”.

C. Santiago, 4 de octubre de 1993 y C. Suprema, 2 noviembre 1993, R.G.J. N° 161, p. 66.

“5º) Que, a mayor abundamiento, con su petición el recurrente pretende que se establezca, en este procedimiento, la forma como debe calcularse su pensión de rebajación, decidiéndose que las leyes deben aplicarse a su caso y la manera de interpretarlas, lo que es propio de un juicio declarativo de lato conocimiento en que se decida en la sentencia si le asiste o no el derecho al peticionario”.

C. Santiago, 19 abril 1994, R.G.J. N° 166, p. 81.

“Cuarto: Que, a mayor abundamiento, cabe consignar que el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura el respeto al derecho de propiedad, reconocido y vigente, lo que no ocurre en la especie puesto que la pretensión en que se funda la protección, es la de que se reconozca al señor Soto Fuentes, un derecho que pretende, cuyo establecimiento es materia de un juicio de lato conocimiento y, por lo mismo, impertinente al contenido del presente recurso”.

C. Valparaíso, 10 agosto de 1994 y C. Suprema, 5 septiembre 1994, R.G.J. N° 171, p. 168.

“6º) Que si, con un criterio distinto de interpretación de las normas aplicables al caso, se llega a una conclusión distinta, ello no significa que deba acogerse el recurso, sino que la protección no es la vía adecuada para la solución del problema suscitado al reclamante debiendo interponerse, por éste un juicio declarativo”.

C. Valdivia, 27 de octubre de 1994 y C. Suprema, 15 noviembre 1994, R.G.J. N° 173, p. 177.

“Décimo: Que, la correcta interpretación y aplicación de las normas legales por el Servicio de Impuesto Internos a las situaciones producidas, no es asunto que pueda discutirse en procedimiento sumarísimo, informal y esencialmente cautelar como es el establecido para el recurso de protección, sino que por el contrario, la materia debe plantearse precisamente en el procedimiento que la ley establece para dicho efecto y que en el caso subite corresponde al contemplado en los artículos 149 y siguientes del Código Tributario. Concluir lo contrario y estimar que la materia en referencia pueda discutirse en este procedimiento, implica aceptar que un asunto de fondo se resuelva en una tramitación sumaria e informal como es la que regula el recurso de protección, lo que escapa de la finalidad para la que fue creado este recurso”.

C. Santiago, 19 abril de 1995 y C. Suprema, 9 mayo 1995, R.G.J. N° 179, p. 80.

“3º) Que, por consiguiente, la materia de que se trata no corresponde analizarla desde la perspectiva de conducta ilegales o arbitrarias propias del recurso de protección pues no se puede calificar de contrario a derecho o caprichoso ajenos a una relación contractual como la de la especie, donde solo corresponde analizar los términos del incumplimiento y, establecida su existencia en el procedimiento que sea pertinente, determinar los efectos que sean su consecuencia según se establezca la concurrencia de un mero incumplimiento civil o de una maquinación fraudulenta, de lo que se colige que no es el recurso de protección la vía donde corresponde dilucidar este tipo de responsabilidades que son propias de contiendas de lato conocimiento en que las partes involucradas puedan hacer sus alegaciones y rendir las pruebas que estimen del caso para obtener el resultado que pretenden”.

C. Suprema, 25 junio 1995, R.G.J. N° 180, p. 24.

“5º) Que, en cambio, la disputa existente entre las partes acerca del alcance que debe darse a las cláusulas y, en especial, en cuanto a si los servicios pactados deben o no ser pagados a la recurrida; si se causó daños al prestarse estos servicios y si el no pago de esas prestaciones puede acarrear la suspensión del servicio de que se trata, son materias que, obviamente, escapan al presente recurso y, en cambio, deben ser dilucidadas por los interesados mediante el ejercicio de las acciones que estimen oportunas y necesarias”.

Doctrina: Procede rechazar el recurso de protección por cuanto la problemática planteada implica interpretación de normativa legal, materia propia de un juicio de lato conocimiento.

C. Suprema, 17 junio 1993, R.G.J. N° 156, p. 66.

“4º.- Que, de la apreciación conjunta de los antecedentes precedentemente consignados fluye con evidencia que lo que pretende el recurrente es resolver el conflicto que se ha suscitado en la interpretación de lo dispuesto por el artículo 6º de la ley N° 18.885, materia que no procede analizar por la vía de esta acción tutelar, sino en el procedimiento ordinario que corresponda, al que pueda allegarse los elementos de prueba y de juicio necesarios para resolver con el total acopio de los antecedentes pertinentes”.

C. Suprema, 14 julio 1994, R.G.J. N° 169, p. 54.

“12º.- Que si bien entre el texto actual de los artículos 15 y 16 de la ley 18.838 y el artículo 21 de la ley 18.168, podría advertirse alguna contradicción, ese eventual conflicto entre aquellos preceptos no es materia susceptible de resolverse por la vía del recurso de protección constitucional. En efecto, la razonada argumentación del señor Contralor General de la República, contenida en el párrafo II, de su Informe agregado fs. 34 y siguientes, deja en evidencia que su decisión de devolver sin tramitar la resolución N° 42, entre otras, no podría en caso alguno calificarse o estimarse como un acto arbitrario; ni tampoco como ilegal, desde el momento que invoca en apoyo de aquella decisión el contexto de las reformas introducidas por la ley 19.131 a la ley 18.383 y, particularmente, el artículo 15 bis y el nuevo texto del artículo 16 de esta última. Cualquier interpretación discrepante acerca de si estos preceptos legales prevalecen o no frente al artículo 21 de la ley 18.168, ley General de Telecomunicaciones, corresponde dilucidarla en juicio de lato conocimiento”.

C. Santiago, 22 enero 1998, R.G.J. N° 211, p. 195.

“7º) Que el caso de autos se refiere a la distinta interpretación que las partes dan a las normas de las leyes que rigen servicios de salud de atención primaria, en las Municipalidades, materia que no resulta propia de dilucidar en un recurso de protección, sino en un procedimiento de lato conocimiento”.

5.2 Meras expectativas no constituyen derechos subjetivos públicos o posiciones activas susceptibles de tutela judicial en Recurso de Protección

a) El Recurso de Protección procura mantener el statu quo vigente

Doctrina: En cuanto a los derechos de las partes, impidiendo que estas se hagan justicia por sí mismas, a través de conductas de facto que alteren el orden jurídico establecido.

C. Santiago, 21 diciembre 1992, R.G.J. Nº 150, p. 50.

“1º.- Que siendo el objeto del recurso de protección restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que señala el artículo 20 de la Carta Fundamental, aparece precisamente adecuado para el caso de autos, en que tan solo se trata de mantener es statu quo vigente en el normal desarrollo y desenvolvimiento de los derechos de las partes, impidiendo que éstas se hagan justicia por sí mismas, a través de conductas de facto que alteren el orden jurídico”.

C. Concepción, 17 julio 1996 y C. Suprema, 31 marzo 1997, R.G.J. Nº 201, p. 44.

“10.- Que atribuyéndose tanto las recurrentes como la recurrida el dominio del predio que las primeras denominan “Maculma-vida”, la última incluyéndolo dentro de un predio de superficie mayor que se denominaría “Carmen Alto”, y discutiendo también las partes acerca de quién tendría la posesión anterior del inmueble, es preciso concluir que este recurso no es el medio adecuado para dilucidar la controversia suscitada, la que, por su naturaleza, debe ser materia de un juicio de lato conocimiento, debiendo acogerse solamente para detener las obras y trabajos que se realizan en el inmueble de marras que alteraron el statu quo vigente y colocarse los cercos que existían con anterioridad o de que dan cuenta las fotos de fs. 11 y 12, mientras por uno y otro lado no se deduzcan las acciones judiciales pertinentes para resolver lo referente a la posesión, dominio, y demarcación del predio en disputa, esto es, volver al estado en que se encontraba al tiempo en que tuvieron lugar los actos que motivaron la presente acción”.

b) El objetivo del Recurso de Protección es restablecer el derecho alterado ilegalmente

Doctrina: La discusión de los derechos que en definitiva puedan corresponder a la recurrente y al recurrido debe ser materia del procedimiento pertinente, incoado mediante el ejercicio de las acciones respectivas. Intentando, consecuente con los fines del recurso de protección, debe restablecerse la situación alterada de facto por el recurrido.

C. Suprema, 20 noviembre 1991, R.G.J. N° 137, p. 51.

“4º.- Que en tales condiciones, habiéndose afectado el derecho de propiedad de la recurrente por el acto y del modo expuestos, cabe acoger el recurso de protección deducido a fin de restablecer la situación al estado anterior a la realización del acto perturbatorio (...).

6º.- La discusión de los derechos que en definitiva puedan corresponder a la recurrente y al recurrido debe ser materia del procedimiento pertinente, incoado mediante el ejercicio de las acciones respectivas”.

C. La Serena, 4 enero 1994 y C. Suprema, 3 marzo 1994, R.G.J. N° 165, p. 36.

“Tercero: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado tiene por finalidad procurar la defensa inmediata de quien en forma arbitraria e ilegal se ha visto lesionado en sus derechos garantido por ella”.

C. Suprema, 27 septiembre 1994, R.G.J. N° 171, p. 53.

“4º) Que el recurso de protección se estableció por el constituyente, para garantizar los derechos que él indica, en torno a cuya existencia y establecimiento debe existir certeza. De este modo, todo derecho que requiera previamente de discusión y prueba para llegar a una decisión que implique resolver sobre su declaración, como la extensión y límites del objeto sobre que recae, rebasa la naturaleza del procedimiento breve y concentrado del recurso, para lo cual debe ocurrirse a la autoridad judicial por los medios que el legislador ha dispuesto con este fin”.

C. Suprema, 28 diciembre 1995, R.G.J. N° 186, p. 45.

“4º Que el recurso de protección solo procede en los casos de violación evidente de garantías constitucionales, en relación a derechos protegidos por el recurso; lo que en la especie no ocurre por cuanto existe controversia respecto al derecho del afiliado a percibir los beneficios que se reclaman por la recurrente, lo que no es posible establecer por esta vía, atendida la naturaleza de esta acción cautelar”.

c) ***El Recurso de Protección no es el medio idóneo para tutelar meras expectativas***

Doctrina: El Recurso de Protección ha sido instituido por el Poder Constituyente con el objeto de dar amparo a un derecho garantizado por la Constitución, pero no para proteger meras expectativas, que no se sabe si en el futuro se transformarán en el derecho reclamado.

C. Suprema, 30 Junio 1998, R.G.J. N° 216, p. 62.

“3º.- Que el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente con el objeto de dar amparo a un derecho garantizado por la Constitución, pero no para proteger meras expectativas, que no se sabe si en el futuro se transformarán en el derecho reclamado”.

6) COMENTARIO FINAL

En cuanto al *obiter dicta* que se indica relativo a la justiciabilidad de los dictámenes del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos, a nuestro juicio la sentencia comentada hace una interpretación conforme a la Constitución del inciso tercero del artículo 211 de la LGSE, que reza: “El dictamen del Panel de Expertos se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia, debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios. Será vinculante para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria”.

Esta interpretación conforme a la Constitución se asila en los principios de constitucionalidad de supremacía formal y material, valor normativo y eficacia normativa, ya que en caso de estimarse que el precepto legal adolece de un vicio de constitucionalidad (material y competencial), la Corte de Apelaciones de Santiago debería plantear una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 93 de la Carta.

De este modo, como lo hemos hecho presente en otro auditorio hace unos años el principio establecido en el inciso tercero del artículo 211 (ex art. 133) de la LGSE es una norma de excepción que exige una interpretación restrictiva, que hace irrecubrables los dictámenes del Panel de Expertos en sede administrativa y sede judicial.

En sede administrativa la regla de irrecubribilidad significa que los recursos administrativos establecidos en el artículo 10 de la Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración Estado y capítulo IV de la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, no son procedentes; imponiéndose una limitación de la potestad de contra imperio o autotutela lícita de la Administración, sea en razón de carácter peculiar que posee el Panel de Expertos en su *locus* o posición en la Administración del Estado, o bien por la naturaleza de la competencia y dictámenes (con componentes técnicos de economía e ingeniería) que expide este órgano. La mentada irrecubribilidad en sede administrativa amerita dos alcances: primero la jurisprudencia constitucional la admite, señalando que en la medida que ello modifica la regla del artículo 10 de la Ley N° 18.575 “...tiene su misma naturaleza” (STC Rol N° 374, cons. 6º, STC Rol N° 287, cons. 8º a 13º), y segundo, la jurisprudencia administrativa admite limitaciones a los recursos administrativos de reposición y jerárquico, no procediendo este último cuando el órgano de la Administración de que emana el acto no tiene superior jerárquico (Consultar dictámenes de Contraloría General de la República N° 38.894/88, 15.730/93, 10.718/95, 3.012/99, 14.459/

01, 23.824/03, todos sobre procedimiento administrativo sumarial o procedimientos reglados por ley; N° 44.032/02 sobre la naturaleza de la decisión; y N° 30.095/92, 13.483/96, 19.668/99, todos improcedencia del recurso jerárquico). Por otra parte, los recursos administrativos ordinarios (reposición y jerárquico) y extraordinario, referidos en el artículo 10 de la Ley N° 18.575 y en el capítulo IV de la Ley N° 19.880, tienen carácter de vías recursales generales y supletorias, lo que es confirmado por la jurisprudencia administrativa (Consultar dictámenes de la Contraloría General de la República N° 20.119/06 y 39.348/07).

Asimismo, en sede judicial la regla de irrecorribilidad es una norma vacía, ya que efectivamente no puede la ley prohibir, entorpecer o imponer trámites dilatorios al acceso a la tutela judicial efectiva (a lo que suma un plexo garantístico) y a la plena jurisdicción consagradas en el artículo 19 N° 3 y 76 de la Constitución, menos tratándose del recurso de protección o de la acción de nulidad de derecho público. La tutela constitucional de la acción, el proceso debido (adjetivo y sustantivo), y de la justicia, imponen como postulado básico de un Estado de Derecho el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y a la plena jurisdicción (Couture)¹². Tales principios y garantías vinculan al legislador (principio de legalidad) y limitan a este a través del principio garantista del contenido esencial (artículo 19 N° 26 de la Constitución). Al respecto también amerita destacar que la jurisprudencia constitucional ha confirmado una lectura garantista del acceso a la jurisdicción (v.gr. STC Rol N° 205, cons. 9º). Además, la regla de irrecorribilidad es una norma contradictoria con el derecho a la tutela judicial y sus garantías y el derecho al amparo de derechos consagrados por los artículos 8º.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que cuenta con nutrida jurisprudencia en el sistema interamericano, derechos humanos y plexo garantístico de fuente convencional que vinculan, tanto negativa como positivamente, a los órganos del Estado en virtud de la cláusula de reenvío del artículo 5º inciso segundo de la Constitución.

En la especie, el recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público son acciones que permiten, vía tutela de derechos subjetivos o del derecho objetivo, la impugnación de actos de la Administración del Estado, acciones de naturaleza distinta, pero expresión del contencioso administrativo-anulatorio, de fuente constitucional (artículo 20, artículo 6, 7, 19 N° 3 e inciso 2º del artículo 38 todos de la C.P.R.)

¹² COUTURE, Eduardo J. (1958) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edit. Depalma, pp. 151-161 y ÉL MISMO (1989) *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edit. Depalma, en especial vol. I, capítulo "Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil", pp. 17-95.

por lo que una disposición legal que consagra la irrecorribilidad absoluta es contraria a la Constitución.

En suma, el *obiter dicta* comentado nos sitúa ante una previsible interpretación conforme a la Constitución. En caso contrario la única opción sería plantear la inconstitucionalidad material y competencial del inciso 3º del artículo 211 del la LGSE ante el Tribunal Constitucional vía acción de inaplicabilidad de parte (artículo 93 Nº 6 Constitución Política de la República) o vía cuestión de inaplicabilidad por el propio Tribunal de la gestión.

En cuanto a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales comentadas, estas nos sitúan frente a los límites del recurso de protección que por su naturaleza es una acción que instaura un proceso de amparo de derechos fundamentales, pero que opera en la práctica como un sucedáneo del contencioso administrativo anulatorio. En efecto, lo hemos sostenido reiteradamente, el recurso de protección es una acción de rango constitucional de naturaleza cautelar y especial, abreviada, de urgencia y extraordinaria, que instaura un proceso de amparo de derechos fundamentales, con la finalidad de que un tribunal superior de justicia corrija o prive de validez a un acto positivo o negativo antijurídico lesivo de derechos fundamentales singularizados en el artículo 20 de la Constitución.

La conocida “elefantiasis” del recurso protección no es sino “la suma de todos los males”, de la cual la Judicatura y la profesión legal son responsables, expresada en la “propietarización de derechos”; en una casi ilimitada “vulgarización de los derechos” o en un anómalo contencioso administrativo de anulación de amplio espectro, entre otras demásías. Luego, cargar las tintas afirmando una supuesta “decadencia” o “agonía” del recurso de protección, la que se expresaría a partir de 1992 con el nuevo Auto Acordado del Recurso de Protección de la Corte Suprema en especial al instituirse el trámite de admisibilidad previa y la vista de la causa en sede de apelación en cuenta, es simplemente una exageración. Lo que ha ocurrido es que la “elefantiasis” del recurso de protección obliga a las cortes en su jurisprudencia de protección a buscar –no siempre acertadamente– redefinir los “límites” de esta acción constitucional frente al empleo en ocasiones abusivo de esta acción en campos tan distintos como los contratos o el impugnativo de actos administrativos; por lo que la jurisprudencia comentada es un botón de muestra de la inidoneidad del recurso como sucedáneo del contencioso administrativo anulatorio en que se ventilan materias de lato conocimiento¹³.

¹³ SAENGER GIANONI, Fernando (1998) “La lenta agonía del recurso de protección”. XXIX Jornadas de Derecho Público. *Revista Chilena de Derecho*, número especial, pp. 259-271.

Luego, efectivamente el recurso de protección no es una vía idónea para impugnar actos administrativos que sean fruto de potestades regladas o discrecionales, que posean una dimensión técnica, ya que estas de suyo exigen un examen con prueba idónea en juicio de lato conocimiento. De algún modo el recurso de protección es un camino corto o “atajo” procesal que se enfrenta a un muro prácticamente insalvable, limitándose el ámbito de la justiciabilidad de actos de órganos de la Administración del Estado acerca de “cuestiones técnicas” expedidos en base a una competencia y procedimiento tasados, en sede de protección a los actos que adolecen de antijuricidad desnuda o patente como las vías de hecho.

Antes de concluir, parece atingente citar brevemente la prevención del abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (SCA Rol N° 585-2007), que me parece une correctamente el recurso de protección y el dictamen del Panel de Expertos, haciendo sentido al inciso tercero del artículo 211 (ex art. 133) de la LGSE.

“1º Que, si bien la acción de protección consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República –como lo ha sostenido la doctrina– constituye un instrumento tutelar de los derechos fundamentales, y por ende, no puede ser restringida su aplicación por norma alguna, no es posible utilizarlo como medio procesal idóneo para resolver conflictos de intereses, más aún cuando éstos son eminentemente técnicos.

2º Que, en el caso de autos se observa lo siguiente: a) que entre CHILECTRA S.A., empresa regulada, y el Órgano Regulador, COMISIÓN NACIONAL DE ENERGIA, se produjo una discrepancia de carácter técnico; b) que de acuerdo a la ley, las discrepancias deben ser resueltas por el denominado PANEL DE EXPERTOS, organismo independiente creado por la ley N° 19.940; c) que en búsqueda de la solución al conflicto antes señalado, CHILECTRA S.A., efectuó una presentación ante el referido Panel y le solicitó que resolviera la discrepancia suscitada; d) que por dictamen N° 7-2007 el mencionado PANEL DE EXPERTOS se pronunció sobre las discrepancias que le habían sido formuladas, dando por concluida su participación; e) que, de conformidad a la ley que rige la materia, los Dictámenes del Panel de Expertos son vinculantes para las partes que concurrieron ante él y no son susceptibles de recurso alguno; f) que no obstante lo señalado, CHILECTRA S.A., no conforme con la resolución del Órgano Técnico, interpuso el presente recurso de protección.

3º Que, de acuerdo a lo expuesto, este disidente concluye, sin lugar a dudas, que en la especie no se está frente a ninguna de las hipótesis que hacen procedente esta acción constitucional, por lo cual, al no haber una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, cobra plena aplicación la norma establecida por el inciso tercero del artículo 133 de la Ley General de Servicios Eléctricos

que consagra la improcedencia de recursos en contra de los Dictámenes del Panel de Expertos”.

Lo señalado permite concluir que difícilmente un dictamen del Panel de Expertos, expedido en el ámbito de su competencia, puede ser impugnado mediante un recurso de protección; ya que el procedimiento de composición de discrepancias, reglado y con una temporalidad definitiva, deviene en una decisión técnica; en que el conflicto real de partes preexiste en el tiempo a la decisión del Panel de Expertos y por su contenido es una materia técnica y de lato conocimiento, por lo que su enjuiciamiento solo puede verificarse a través de acciones que instauren un proceso declarativo, como es la acción de nulidad de derecho público. Luego, la inadmisión *in limine litis* o *ex post litis* del recurso de protección como regla se produce por la extemporaneidad, por la falta de fundamento o por exceder los límites del proceso de amparo de los derechos fundamentales.

De este modo, más que la “decadencia” o “agonía” del recurso de protección asistimos a una redefinición de su campo en razón de su naturaleza y fines, lo que impone identificar sus “límites”, a veces con “ripios” o “demásías” de las prácticas o usos de las cortes en el trámite de admisión, pero que circunscriben esta acción constitucional a la finalidad que posee y a la inserción que de suyo tiene en el cuadro de garantías jurídicas de un Estado de Derecho.

El problema de fondo que se plantea en nuestro país, es que la ausencia de una “Justicia Administrativa” especializada, genera altos costos asociados al control judicial de la Administración, al obligar a procedimientos judiciales de lato conocimiento sin especialización letrada y/o escabina (técnicos), en la que prevalece en demasiadas ocasiones una disposición “fiscalista” y “deferente” con los órganos y entes públicos. En otro contexto, pero también acerca de los límites del control judicial de la Administración en el sistema angloamericano, Edley observa lo propio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, recogida en el voto particular del Juez Marshall, que desestimó analizar el criterio utilizado por el Departamento de Trabajo al promulgar un reglamento de seguridad y salud, señalando: “Los asuntos, a veces, alcanzan un alto grado de complejidad. En esas circunstancias; se exige a los tribunales que se sumerjan en materias a las que no están acostumbrados en razón de su experiencia o trabajo habitual... (y) cuando la cuestión implica la determinación del nivel aceptable de protección en el lugar de trabajo, la decisión última debe, necesariamente, basarse tanto en consideraciones de política pública como en hechos empíricos y verificables (448, U.S. 607, 705-6, 1980)”. El predicamento subrayado por Edley acerca de la jurisprudencia norteamericana es que los aspectos de la acción administrativa “...apropiadamente resueltos por métodos de decisión propios de la pericia técnica o la política pública son objeto de deferencia

judicial precisamente porque tales métodos son presuntamente ajenos a los tribunales”¹⁴.

Con estas observaciones críticas cerramos este trabajo destacando la necesidad de afirmar el pleno control judicial de la Administración congruente con la decisión básica de nuestro orden constitucional en relación a su organización jurídico-política que cristaliza en la fórmula de Estado de Derecho; pero debe tratarse de un “pleno” control judicial, que reconociendo los límites del recurso de protección y del proceso de amparo de derechos fundamentales, admita que la tutela judicial del derecho objetivo y de los derechos subjetivos tienen múltiples vías judiciales ordinarias, especiales y extraordinarias, en que la naturaleza de la acción y objeto determina la adecuación del proceso. De lo contrario, el recurso de protección seguirá siendo un “atajo” y sucedáneo anómalo del contencioso administrativo; contribuyendo a un cierto “descrédito” de las vías judiciales extraordinarias, que asumen la forma de queja forense acerca de la “decadencia” o “agonía” de estas en la tutela judicial del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (1999) “El Proceso de Protección”. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, Vol X
- _____ (2003) *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Santiago: Edit. Fallos del Mes.
- CASTRO, JUVENTINO V. (1991) *Garantías y Amparo*. México D.F. Edit. Porrúa S.A.
- COUTURE, Eduardo J. (1958) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edit. Depalma
- _____ (1989) *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edit. Depalma.
- EDLY JR., C. (1994) *Derecho Administrativo. Reconcebir el Control Judicial de la Administración Pública*. Madrid: MAP.
- EVANS ESPIÑEIRA, E. (2006) *Derecho Eléctrico*. Santiago: LexisNexis.
- FERRADA BÓRQUEZ, J.C. (2005) “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”. En Él mismo (coordinador) *La Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis.
- 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

¹⁴ EDLY Jr., C. (1994) *Derecho Administrativo. Reconcebir el Control Judicial de la Administración Pública*. Madrid: MAP, p. 36.

- respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, Vol. XIV.
- _____ (2004) “El Amparo Constitucional contra los Actos de la Administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno”. *Ius et Praxis*. Año 10 Nº 2.
 - FIX ZAMUDIO, Héctor (1995) *Metodología, docencia e investigación jurídica*. México D.F.: Edit. Porrúa.
 - GÓMEZ B., Gastón (2005) *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
 - GOZAÍNI, Osvaldo A. (1995) *Derecho de Amparo*. Buenos Aires: Edit. Depalma.
 - JADRESIC, A.; Blanlot, V.; y San Martín, G. (2001) *La Nueva Regulación*. Santiago: Dolmen Ediciones.
 - JANA LINETZKY, Andrés y Marín G., Juan Carlos (1996) *Recurso de Protección y Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 - JELLINEK, Georg (1970) *Teoría General del Estado*. Estudio y traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Edit Albatros.
 - MAIRAL, Héctor (1984) *Control judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Edit. Depalma.
 - NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2002) “Límites al recurso de protección en materia contractual”. *Revista de Derecho. Universidad Finis Terrae*, Año 6 Nº 5.
 - NOGUEIRA A., Humberto. Editor (2000) *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Edic. Universidad de Talca-LOM.
 - RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1994) “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”. *Gaceta Jurídica* Nº 171.
 - SESIN, Domingo Juan (1994) *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Buenos Aires: Edit. Depalma.
 - VERGARA BLANCO, A. (2004) *Derecho Eléctrico*. Santiago: Lexis Nexis.
 - _____ (2005) “El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del ‘Panel de Expertos’ ”. En Ferrada Bórquez, J.C. (coordinador) *La Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis.
 - ZÚÑIGA URBINA, Francisco (1997) “Recurso de Protección y contencioso administrativo”. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción* Nº 202.