

## LA FUNCIONALIDAD DEL CONCEPTO *ARBITRARIEDAD* DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

Comentario a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (1ª Sala) del 11 de enero de 2007, rol n° 6.552-2006, confirmado por la Excma. Corte Suprema el 19 de marzo de 2007, rol n° 770-2007.

LUIS ALEJANDRO SILVA IRARRÁZAVAL\*

### 1) ANTECEDENTES

El recurso de protección exige que el acto u omisión que priva, perturba o amenaza alguna de las garantías constitucionales enumeradas en el artículo 20 de la Constitución sea ilegal o arbitrario, excepto para la garantía del N° 8, en que se exige solo ilegalidad. La antijuridicidad del acto u omisión es un presupuesto indispensable para la admisibilidad y acogimiento del recurso, lo que significa que si el acto no es ilegal ni arbitrario, el recurso debe rechazarse sin más<sup>1</sup>.

Los términos que definen la antijuridicidad de este remedio cautelar son complementarios, y deben entenderse de modo tal que ningún acto u omisión antijurídico que afecte alguna de las garantías protegidas por ella quede al margen del imperio del Derecho. El tribunal tiene el deber de comprobar que el acto impugnado es al mismo tiempo legal y razonable y, consecuentemente, acoger el recurso en los casos que no lo sea. Una correcta articulación de los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad por parte de los tribunales debería garantizar a los ciudadanos una eficaz protección de sus derechos frente a las actuaciones de la Administración.

---

\* Abogado. Profesor de Derecho de la Universidad de los Andes y alumno del Programa de Doctorado de la misma Universidad. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl  
Fecha de recepción: 25 de junio de 2007.  
Fecha de aprobación: 5 de julio de 2007.

<sup>1</sup> Son varios los casos que expresamente declaran la inutilidad de analizar las garantías supuestamente vulneradas, porque no hay antijuridicidad en los términos del artículo 20 de la Constitución. Últimamente, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 24 de enero de 2007, rol N° 309-2006, considerando 2°. Se puede ver en [http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A\\_Juridica/CL\\_JOL01&vid=LNChile:150](http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:150)

La enorme mayoría de las sentencias que acogen los recursos concluyen la ilegalidad y arbitrariedad del acto que se impugna<sup>2</sup>. Aunque a simple vista pudiera parecer que ambos presupuestos tienen el mismo grado de incidencia en el resultado del juicio, lo cierto es que en la práctica la preponderancia es de la ilegalidad: no existe una verificación de la razonabilidad del acto como existe de la legalidad. En realidad, lo normal es que el reproche de arbitrariedad se le impute al acto sin rebozos ni rodeos después de haber demostrado su ilegalidad, y es muy excepcional el caso en que verificada la legalidad del acto, se juzgue aparte su razonabilidad. Frente a esta situación, que amenaza convertir la acción de protección de garantías fundamentales en un recurso de control de legalidad, cabe preguntarse por la función que puede tener el concepto de arbitrariedad como una alternativa a la ilegalidad para controlar la juridicidad de los actos administrativos que aplican correctamente la ley, pero afectan alguna de las garantías constitucionales.

El fallo que comentamos es un ejemplo reciente que ilustra el valor del control de arbitrariedad y reivindica para él un ámbito específico propio frente al control de legalidad.

## 2) LA FUNCIONALIDAD DEL CONCEPTO *ARBITRARIEDAD*

La sentencia nos enfrenta con la utilidad del binomio que configura la antijuridicidad que es objeto del recurso de protección: ilegalidad/arbitrariedad.

El profesor Soto Kloss —y con él otros muchos— sostiene que el binomio se adecua a aquel otro sobre las potestades de la Administración, regladas/discrecionales. La ilegalidad es el concepto aplicable a la infracción de las potestades regladas y la arbitrariedad al ejercicio de las potestades discrecionales<sup>3</sup>. Nosotros estamos de acuerdo con Soto Kloss, en cuanto que debe preferirse una interpretación del binomio ilegalidad/arbitrariedad que les reconozca una diferencia específica, si bien ambas son especies del género antijuridicidad. Sin embargo, pensamos que no debe asociarse la ilegalidad a la potestad reglada ni la arbitrariedad a la potestad discrecional. Actualmente nos parece que hay razones teóricas y prácticas que hacen conveniente desmarcar los dos conceptos de las referidas potestades, sin alejarnos por ello del objetivo último, que es la

<sup>2</sup> Así fue, al menos, para los casos acogidos y fallados por las Cortes de Apelaciones el 2003 que fueron apelados a la Corte Suprema. Puede verse el dato en GÓMEZ, Gastón (2005) *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, cuadro N° 2, 59.

<sup>3</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (1982) *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

eficaz protección de los derechos del ciudadano frente a la actividad de la Administración.

Por otra parte Dougnac entiende que toda ilegalidad es arbitrariedad, y resuelve el sentido de la distinción asociando la ilegalidad con la corrección formal de la actuación, y la arbitrariedad con la adecuación a la razón y, en última instancia, a la justicia<sup>4</sup>. Cabría pensar en una tercera alternativa que postule que toda arbitrariedad es ilegalidad, porque no es razonable pensar que la ley ampare una actuación arbitraria. Sin embargo, ambas posiciones –hipotética la tercera, pues no hemos encontrado quien la sostenga por escrito– anulan la diferencia entre ambos conceptos, y nosotros preferimos aquella que la resalta.

Al tratarse la ilegalidad y la arbitrariedad de presupuestos alternativos de la acción de protección, cabe preguntarse por los efectos de las combinaciones en que el acto u omisión es legal pero arbitrario, o bien ilegal pero razonable<sup>5</sup>. Ateniéndonos estrictamente al criterio que asocia la arbitrariedad al ámbito de las potestades discrecionales, y la ilegalidad al de las potestades regladas, deberíamos concluir que no es posible que un mismo acto u omisión sea imputable de ambos reproches de antijuridicidad, porque lo reglado y lo discrecional se excluyen. Si así fuera, la distinción que *a priori* aparece como una garantía de que toda la actividad de la Administración es susceptible de ser recurrida por este remedio procesal, se puede transformar en un obstáculo que deje en la indefensión a los afectados por un acto legal pero injusto (inconstitucional, diríamos). Por otra parte, no podría explicarse que un mismo acto fuera simultáneamente ilegal y razonable<sup>6</sup>.

Sin embargo, la distinción anotada no es interpretada por nadie tan restrictivamente que excluya la posibilidad de que existan actos legales

<sup>4</sup> DOUGNAC, Fernando (2001) "Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 3, pp. 615-630.

<sup>5</sup> No nos olvidamos que para la garantía del N° 8 antes de la reforma constitucional de 2005 se exigían ambos presupuestos, y que después solo la ilegalidad.

<sup>6</sup> Conocemos tres fallos que han rechazado el recurso de protección porque, si bien se trataba de actos ilegales, no eran arbitrarios. Estos juicios se siguieron contra resoluciones de la COREMA que declaraban la viabilidad de un proyecto sin que hubiera entrado en vigencia el párrafo II del Título II de la Ley 19.300, que regulaba el sistema de evaluación de impacto ambiental. La ilegalidad de la actuación era evidente, porque no había ley que la habilitara, vulnerando con ello los artículos 6° y 7° de la Constitución. Sin embargo, a la luz de los antecedentes que la COREMA había tenido en cuenta para declarar la viabilidad, los tribunales consideraron que la resolución no era arbitraria. C.S., 13 de enero de 1998, rol N° 2527-97. C.S., 23 de septiembre de 1997, rol N° 654-97. C.S., 19 de marzo de 1997, rol N° 4254-96. Los fallos están citados en GALINDO, Mario (2001) *El sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996-2000*. Santiago: Comisión Nacional del Medio Ambiente, Universidad de Chile, y están comentados en *Informe Constitucional* N°s 1513 y 1609.

pero arbitrarios o ilegales pero razonables<sup>7</sup>. Así, Pfeffer admite la posibilidad de que un “acto que es lícito por no contrariar norma legal alguna, puede no obstante ser arbitrario”, al carecer de fundamento o ser desproporcionado en relación al fin<sup>8</sup>. Cea advierte sobre el valor que debe otorgársele al “tópico de la arbitrariedad en contraposición a la legitimidad de la conducta, porque ese es un criterio esencial y sustantivo”, a diferencia de la legitimidad, que es un criterio formal. Parece sugerir –porque no lo dice– que un acto arbitrario, aunque fuera formalmente legal, satisfaría el presupuesto de arbitrariedad del recurso de protección<sup>9</sup>. Una sentencia de 1988 se hace cargo de esta posibilidad al definir el acto arbitrario como “aquel que no es proporcionado, no es justo o equilibrado, en el que se respeta en forma aparente la ley, pero existe una desviación del fin que justifica el precepto legal”<sup>10</sup>.

### 3) EL CASO

Un gendarme que obtuvo en marzo de 2005 el título de contador auditor pidió a la Contraloría General de la República el reconocimiento del título, a fin de percibir el aumento legal correspondiente (artículo 3° D.L. 479 del Ministerio de Hacienda). La Contraloría emitió un primer dictamen negando que dicho título lo habilitara para el aumento, pero reconsideró la situación y en enero de 2006 dictó uno nuevo (N° 4.311) que declaraba su habilitación. Gendarmería en marzo de 2006 ordenó el pago, incluyendo retroactivamente los seis últimos meses (no más, porque había prescrito su derecho de acuerdo a lo establecido por el artículo 99 de la ley 18.834). El recurrente acudió nuevamente a Contraloría, ahora pidiendo que ordenara a Gendarmería el pago de todos los meses comprendidos desde la obtención de su título, porque su dictamen es declarativo y no constitutivo de derecho. Contraloría contestó que ni siquiera correspondía pagar los seis meses anteriores, porque su derecho nació con el dicta-

<sup>7</sup> Quizá se deba a que en realidad no existen actos totalmente reglados o totalmente discrecionales; todos son siempre en parte reglados y en discrecionales. CEA, José Luis (1984) “Hereménutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11 N° 1, pp. 7-16.

<sup>8</sup> PFEFFER, Emilio (2000) “Naturaleza, características y fines del recurso de protección”. En Nogueira, Humberto (edit.). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Editorial Universidad de Talca, pp. 147-158, 153.

<sup>9</sup> CEA, José Luis (2004) *Derecho constitucional chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 634. Entendemos por el término legitimidad la legalidad.

<sup>10</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio de 1988, rol N° 7098, considerando 8°. Confirmada por la C.S., 6 de julio de 1988, rol N° 12.743. Disponible en [http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A\\_Juridica/CL\\_JOL01&vid=LNChile:150](http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:150)

men de enero de 2006. Funda su actuación en el artículo 98 de la Constitución y en su Ley Orgánica Constitucional, en cuanto le corresponde emitir dictámenes jurídicos sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucio, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y en general sobre los asuntos que se relacionen con el estatuto administrativo. Contra este último dictamen (N° 53.861) recurrió el afectado, alegando que es una actuación ilegal y arbitraria que conculca su derecho de propiedad sobre los dineros percibidos, pidiendo a la Corte que lo deje sin efecto y ordene el pago íntegro de las asignaciones profesionales adeudadas desde marzo de 2005.

La sentencia que motiva este comentario nos parece elogiable en cuanto somete el acto impugnado a un control de juridicidad que incluye tanto la legalidad como la razonabilidad, cuando normalmente el control que ejercen los tribunales vía protección se reduce a la legalidad. Este doble control de juridicidad se convierte en una garantía más eficaz de los derechos constitucionales, desde que permite acoger recursos que se dirigen contra actos que aplican correctamente la ley, pero que vulneran alguna de las garantías protegidas por el recurso.

De hecho, el dictamen de la Contraloría impugnado por el recurso no es ilegal porque “precisamente el órgano Contralor obró dentro de sus facultades constitucionales y legales”, al decidir que el pago procedía a contar de la fecha del dictamen (considerando 7°). Pero el examen de la juridicidad del acto no se detiene allí, sino que continúa, ahora valorando su razonabilidad.

El dictamen de Contraloría que dispuso que el derecho del funcionario de Gendarmería a recibir la asignación profesional por su calidad de contador auditor nació con el dictamen que le reconoció tal derecho, y le obligó a reintegrar los pagos recibidos por carecer ellos de causa, se ajusta formalmente a sus facultades contraloras, pero es caprichoso. En efecto, el derecho del funcionario nació con la obtención del título de contador auditor, y el dictamen de Contraloría se limita a reconocerlo; es meramente declarativo, no constitutivo de derecho. El reproche de arbitrariedad que se le imputa al acto viene justificado porque según el entender del Tribunal, “no parece razonable ni de justicia disponer que deba devolver el pago retroactivo por tener derecho a percibir tal asignación (...) solo a contar de la fecha del dictamen 4.311 de 25 de enero de 2006” (considerando 9°).

Esta decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago justifica la existencia del binomio ilegalidad/arbitrariedad, al extender la anti-juridicidad del acto u omisión más allá del texto legal a que podría quedar constreñido el recurso si se redujera a un control meramente legal de la actividad de la Administración, como por desgracia ocurre con frecuencia.

Se le podría criticar a la sentencia la falta de argumentación para justificar su juicio de arbitrariedad. Si bien satisface nuestro sentido de justicia, carece de un razonamiento que explique por qué al Tribunal no le parece “razonable ni de justicia” el dictamen impugnado, razonamien-

to que habría supuesto un desarrollo del contenido del derecho amagado. Este defecto –en ningún caso exclusivo de la sentencia que comentamos– merece un doble reproche: por una parte alimenta el temor de quienes ven en esta clase de conceptos ultralegales una vía expedita para el abuso de los jueces y, por otra, debilita la jurisdicción constitucional al dejar el contenido y alcance de los derechos fundamentales en la oscuridad.

## CONCLUSIÓN

Frente a la legalidad de la actuación del órgano recurrido, la Corte acude a la razonabilidad y a la justicia como criterios de valoración material del acto para sentenciar su arbitrariedad. Así, el fallo ilustra el ámbito específico propio del concepto de arbitrariedad, y que es complementario al del concepto de ilegalidad. Ese ámbito le permite al juzgador apreciar la juridicidad del acto u omisión impugnado valiéndose de parámetros que enriquecen la función jurisdiccional amén de ofrecer una protección más cabal de los derechos fundamentales. Pero el valor del concepto de arbitrariedad es puesto en riesgo cuando se aplica sin una argumentación adecuada, porque puede prestarse para abusos por parte de los jueces y porque retrasa el desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

- CEA, José Luis (2004) *Derecho constitucional chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CEA, José Luis (1984) “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11 N° 1, pp. 7-16.
- DOUGNAC, Fernando (2001) “Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 3, pp. 615-630.
- GALINDO, Mario (2001) *El sistema de evaluación de impacto ambiental ante la jurisprudencia: 1996-2000*. Santiago: Comisión Nacional del Medio Ambiente, Universidad de Chile
- GÓMEZ, Gastón (2005) *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- PFEFFER, Emilio (2000) “Naturaleza, características y fines del recurso de protección”. En Nogueira, Humberto (edit.). *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca: Editorial Universidad de Talca, pp. 147-158.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982) *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.