

LA ACCION CONSTITUCIONAL DE NULIDAD: UN SUPREMO APORTE DEL CONSTITUYENTE DE 1980 AL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

GUSTAVO FIAMMA OLIVARES
Universidad de Chile

Que el signo más auténtico de evolución de una sociedad organizada es el que cada ciudadano tenga la conciencia íntima, la absoluta convicción, de que, en cualquier momento o circunstancia, puede hallar amparo oportuno a sus derechos en los Tribunales de Justicia. (C.A. de Stgo. 291-86 P).

El Derecho Procesal Administrativo chileno ha recibido de la Constitución de 1980 los elementos sustanciales que permiten estructurarlo como una rama complementaria del Derecho Administrativo.

Esta cristalización del Derecho Procesal Administrativo tiene una profunda significación histórica para el Derecho Administrativo Nacional que, hasta la entrada en vigor del nuevo texto constitucional, difícilmente, podría llamársele propiamente Derecho.

Esta última afirmación es tan cierta que en nuestras Facultades de Derecho, e incluso en el ejercicio mismo de la profesión de Abogado, esta especialidad era considerada simplemente como un conglomerado de nociones de carácter cultural, que si alguna utilidad tenía era nada más que para actuar al servicio del Estado. Esta característica debemos reconocer que era justa, si consideramos que los estudiantes de Derecho y los abogados se preparan en las Facultades de Derecho para actuar principalmente como defensores en la defensa de los derechos de los particulares, cuando éstos son afectados o desconocidos por obra de quienquiera; y como el Derecho Administrativo no proporcionaba medios procesales para realizar una adecuada defensa cuando esos derechos eran conculcados por parte de la Administración, significaba que su estudio era una cuestión puramente doctrinal.

Esta situación, sin embargo, ha sido completamente revertida

por el constituyente de 1980. En efecto, la consagración del recurso de protección (art. 20), del recurso de amparo (art. 21), del contencioso-administrativo especial relativo a la pérdida de la nacionalidad (art. 12), del contencioso-administrativo especial relativo al acto expropiatorio (art. 19 N° 24), la acción indemnizatoria por el error judicial (art. 19 N° 7 letra i), la consagración de los derechos constitucionales generales a la acción, a la defensa y al debido proceso (art. 19 N° 3) en relación a la igual protección en el ejercicio de los derechos, son elementos demostrativos de la nueva dimensión procesal del Derecho Administrativo que afirmamos categóricamente.

No obstante lo anterior, mención especial merecen dos nuevas acciones constitucionales, nos referimos a las acciones constitucionales de nulidad y responsabilidad. Estas dos acciones constitucionales, enteramente nuevas, representan de un modo general y definitivo la consagración del Derecho Procesal Administrativo, y por ende el desplazamiento absoluto del Derecho Administrativo doctrinal y su reemplazo por el nuevo Derecho Administrativo como Derecho.

En lo que sigue, analizaremos uno de estos pilares en que se asienta el Derecho Procesal Administrativo: la acción constitucional de nulidad.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA ACCION

Este derecho representa desde el punto de vista procesal uno de los puntos más significativos de la Constitución de 1980. Está emplazado dentro de los derechos constitucionales, en el artículo 19 N° 3, que asegura a todas las personas *la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*¹.

Es precisamente el derecho a la acción el que le da sentido a todo el artículo 19 N° 3. En efecto, ningún significado tendría la igual protección que el texto constitucional dice asegurar a los derechos en su ejercicio esto es, en su vivencia, como lo expresara don A. Silva Bascuñán—, el derecho a la defensa, el otorgamien-

¹ Véase anexo 1, *El derecho a la acción: un derecho insito principalmente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980*. En este mismo sentido véase Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, 1986, tomo II, p. 26-7.

to de defensa jurídica a quienes no pueden procurársela por sí mismo e incluso el debido proceso, si no se franqueara previamente el derecho a la acción.

Todos esos contenidos serían semánticos si se impidiera a las personas accionar o ejercer el derecho a la acción en defensa o protección de sus derechos, derecho que a decir del señor Bernales constituye un verdadero derecho natural y que por tanto tendría también fundamento en el artículo 5 del texto fundamental que reconoce de una manera general los derechos naturales y que también estaría implícito en el derecho de petición (art. 19 N^o 14).

El derecho a defensa, el derecho a ser asistido a quienes no pueden procurarse defensa por sus propios medios y que concreta la igualdad en la protección de los derechos en su ejercicio, y el debido proceso más que derechos son garantías de la acción. Garantías de que el ejercicio de la acción pueda ser encomendada a un letrado, es decir, a una persona profesional o experta que de mejor forma podrá ejercerla; que nadie por razones de orden económico pueda quedar privado del derecho a defensa y en consecuencia al ejercicio del derecho a la acción; y, por último, que la acción operará dentro del marco de un racional y justo procedimiento o del debido proceso.

Desde el punto de vista procesal, el profesor Bernales, en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Nueva Constitución, lo definió como *el poder, más que una facultad, de obligar al tribunal a proveer, o sea el derecho de proveimiento, como algunos lo llaman. Es un poder de los particulares o de un organismo determinado, puede ser el Ministerio Público, y un deber, función pública de los tribunales de proveer*².

De esta definición que sirvió de base a la consagración del artículo 19 N^o 3 se deduce que el derecho a la acción contempla dos aspectos, por un lado el poder, la facultad o el derecho de accionar al que tiene derecho toda persona y por otro la obligación o el deber de los tribunales de proveer, o sea, la inexcusabilidad.

Afinando un poco más el ámbito de la acción, los constituyentes intelectuales, y dentro del espíritu del artículo 19 N^o 3, lo consagran como el derecho que tiene toda persona a recurrir a los tribunales en demanda de protección cuando sus derechos, sea que deriven de la Constitución o de la ley o de la potestad reglamentaria,

² Vid. intervenciones del profesor Bernales en anexo 1 cit., sesión 101.

hayan sido afectados, por obra de quienquiera, y el deber correlativo del tribunal de proveer otorgando protección cuando el derecho por su naturaleza sea susceptible de ser protegido judicialmente.

Esta amplia consagración del derecho a la acción, facultad cívica inalienable, derecho natural, como se ha dicho, y que emana directamente de la Constitución representa un límite infranqueable para el legislador, pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5, en cuanto dispone que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y 19 No 26, en cuanto no podrá afectarlo en su esencia, este derecho nunca podrá excluirse; por el contrario, el legislador deberá darle cada vez que sea necesario consagración; y, en el silencio de la regulación legal, la ley se integra por el referido precepto constitucional.

Respecto del juez, ya se ha dicho que el derecho mismo a la acción conlleva el deber judicial permanente e inexcusable de proveer y otorgar protección a los derechos en su ejercicio, precepto constitucional que, en relación a esta materia específica, y de conformidad al artículo 6 de la Constitución Política de la República, le somete y obliga directamente en su actuar judicial.

Habría que destacar que el motivo gravitante para la consagración del derecho a la acción o el libre acceso a los tribunales y, en definitiva, la igual protección en el ejercicio de los derechos, está basado en la experiencia real chilena de más de cincuenta años de negación del derecho a la acción judicial en los asuntos administrativos. El constituyente, al consagrar esta disposición, ha querido evitar, precisamente, la continuación de este atropello injustificado al *derecho básico del proceso que es la acción procesal*³.

II. EL PRINCIPIO DE REVISION JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION

Hasta no hace mucho era un lugar común sostener que el Poder Judicial, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4 de la Constitución de 1925 y 4 del Código Orgánico de Tribunales, estaba impedido para revisar los actos de la Administración del Estado.

Esta afirmación hoy ya no tiene ningún asidero dentro del régimen constitucional chileno. Basta sólo con mencionar el artículo

³ Vid. anexo 1 cit.

38, inciso 2º, que dispone que *Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado ... podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos...*, en relación a lo dispuesto en el artículo 79, al señalar que los tribunales contencioso administrativo quedarán sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Pero no sólo esas disposiciones constitucionales, en cuanto es en ellas donde se observa de manera más general, consagran el principio de revisión judicial de los actos de la Administración; también lo hacen los artículos 12, 19 Nº 24, 20 y 21. La primera de ella habilita a la Corte Suprema y las otras a las Cortes de Apelaciones (20 y 21) y a los jueces de letras (19 Nº 24).

En un segundo escalón están todos los llamados contencioso administrativos especiales legales que, el legislador, coloca en conocimiento de los tribunales ordinarios, y que actualmente superan los cincuenta. Algunos de ellos se someten a los jueces de letras, otros a las Cortes de Apelaciones e incluso a la misma Corte Suprema. Si no fuera porque la Constitución ha establecido el principio de la revisión judicial de los actos de la Administración todas esas leyes serían inconstitucionales.

Luego, por la vía de las acciones ordinarias, el conocimiento que hacen de cualquier asunto administrativo; pudiendo, incluso, inaplicar actos de Administración.

Y, por último, en virtud del principio de la inexcusabilidad se abre una nueva vía para revisar el actuar de la Administración ya que, este principio constitucional, es de carácter general y por lo tanto omnicompreensivo de todo tipo de asuntos. Más aún, el propósito de su inclusión en el texto constitucional fue, precisamente, a raíz de los asuntos administrativos⁴.

Todos estos antecedentes demuestran de una manera aplastante el que la revisión judicial de los actos de la Administración sea un principio general del Derecho Público chileno.

III. LA ACCION CONSTITUCIONAL DE NULIDAD COMO DERECHO

En el párrafo I se ha visto como el derecho a la acción o a la acción procesal tiene su raíz en el propio texto constitucional.

⁴ Véase anexo 2, *El principio de inexcusabilidad. Antecedentes contenidos en las Actas Oficiales.*

Ahora bien, si se relaciona este derecho abstracto que es la acción —y que por ende puede contener cualquier pretensión en relación a un derecho— con lo dispuesto en el artículo 7, inciso final, que dispone que todo acto en contravención al principio de legalidad administrativa es nulo, resulta que, una de las tantas especificaciones que puede tener el derecho a la acción sería, precisamente, la pretensión de nulidad de un acto administrativo que se estime ilegal o inconstitucional.

Es obvio que la nulidad establecida en el artículo 7 de la Constitución debe ser decretada por algún órgano del Estado, y también lo es que este órgano no es el Congreso, la Contraloría General de la República ni muchos menos la propia Administración. Resulta, pues, que esta nulidad solamente puede ser declarada por el juez. A esta conclusión se arriba por una buena razón muy sencilla: la declaración de nulidad de un acto administrativo es un asunto de carácter jurisdiccional, y lo es porque hay una contienda entre el derecho de un particular y un acto de la Administración.

Esta conclusión no repugna, jurídicamente, si se considera lo señalado en el párrafo anterior, en cuanto la Constitución establece como un principio general el principio de la revisión judicial de los actos de la Administración del Estado.

Pues bien, si la acción procesal es un derecho constitucional general de todas las personas, la acción constitucional de nulidad, que se construye sobre la base del derecho a la acción, también lo sería. Y, por lo mismo, recogería todos los alcances y virtualidades del derecho a la acción, es decir, que por un lado, la acción constitucional de nulidad es un poder o una facultad de accionar ante los tribunales que tiene toda persona pretendiendo la nulidad de un acto administrativo, y por otro representa la obligación del tribunal de proveer y fallar sobre el fondo inexcusablemente, otorgando protección al derecho si es del caso mediante la declaración formal y expresa de nulidad del acto en contra del cual se recurre.

En consecuencia, el derecho a la acción es el vehículo lógico que requería el artículo 7 inciso 3º. En efecto, si la nulidad para que se produzca requiere ser declarada, declaración que corresponde precisamente al juez, la vía lógica para transportar a los tribunales la nulidad a que se refiere el precepto citado es el derecho a la acción. Y de este acoplamiento nace la acción constitucional de nulidad. Sin derecho a la acción el artículo 7º es simplemente un monumento en homenaje al principio de legalidad, pero jurídicamente inútil.

Es lo que sucedió bajo toda la vida de la Constitución de 1925 con su homólogo precepto el artículo 4º.

Obviamente, el nacimiento de esta acción constitucional de nulidad, es absolutamente concordante con el principio de revisión judicial antes señalado, y, no está de más decirlo, hace realidad el principio de legalidad, pilar indispensable de todo Estado que quiera llamarse de Derecho.

IV. EL DEBER CORRELATIVO DE LOS TRIBUNALES

Si en el párrafo anterior se ha sostenido que la acción constitucional de nulidad es un derecho constitucional, en cuanto constituye ejercicio del derecho constitucional general a la acción, quiere decir que frente a él existe el deber correlativo de los tribunales de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, sin posibilidad alguna de excusa.

El correlato del derecho a la acción es la inexcusabilidad del tribunal, aun cuando la inexcusabilidad está involucrada en el derecho. La Constitución no necesitaba haber dado consagración expresa a la inexcusabilidad, como lo ha hecho en el inciso 2º del artículo 73, bastaba con la consagración del derecho a la acción. Sin embargo, como una manera de reforzar lo que se quería decir, se le estableció también bajo el principio jurisdiccional que contiene la mencionada disposición constitucional.

Tanto la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos como el principio de inexcusabilidad surgieron frente al temor que se repitiera la situación de indefensión frente a la Administración producida en relación al artículo 87 de la Constitución de 1925⁵.

Entre ambas disposiciones no existe ninguna contradicción en cuanto a la amplitud que tiene el derecho a la acción y la que tiene el principio de inexcusabilidad. Y, si la hubiera, es obvio que tiene prevalencia el derecho frente a una norma meramente organizativa del Poder Público, porque éste no puede anular un derecho constitucional de rango natural y tampoco puede afectar el derecho en su esencia según lo previenen los artículos 5 y 19 Nº 26.

Pero, como hemos afirmado, tal contradicción no existe porque ambos preceptos tienen un mismo origen y una misma fina-

5 Véase anexos 1 y 2 cits.

lidad. Cuando el artículo 73, inciso 2º, emplea la expresión *negocios de su competencia* lo hace en el sentido de excluir aquellos asuntos que no son propiamente jurisdiccionales, que no son propios por naturaleza del conocimiento de los tribunales, y aquellos otros —como en los llamados derechos sociales— en que los tribunales ninguna resolución pudieren adoptar, y otros asuntos que pudiesen violar el principio de autonomía de los cuerpos intermedios, a pesar que si al interior de ellos se viola un derecho establecido en el ordenamiento también serían competentes. Es una prevención obvia, el derecho a la acción y el principio de la inexcusabilidad no tienen un alcance ilimitado. No vamos a señalar ejemplos burdos, en que los tribunales, obviamente, no pueden conocer, simplemente para no ofender la majestad de los tribunales, pero es fácil de imaginarlos.

El criterio que anima a ambas disposiciones es el de permitir el acceso a los tribunales, y que ningún derecho quede sin protección judicial por falta de ley complementaria, de procedimiento, de recurso o falta de competencia expresa⁶.

La acción constitucional de nulidad es materia que está dentro de las funciones propias de los tribunales a que hace referencia el artículo 73, y en caso alguno desborda los límites naturales del derecho a la acción y de principio de inexcusabilidad⁷.

No voy a reproducir las innumerables oportunidades en que se precisó, por los Miembros de la Comisión Redactora de la Constitución, que la expresión *causas civiles* tenía un sentido lato, opuesto a asuntos eclesiásticos o a asuntos penales. De manera que, la acción constitucional de nulidad, cae bajo la expresión *causas*

⁶ Véase anexos 1 y 2 cits.

⁷ En idéntico sentido *E. Evans*, ob. cit., p. 16. A propósito de la igualdad ante la ley sostiene que: "Si quien discrimina arbitrariamente es la autoridad política o administrativa, el afectado puede hacer valer el recurso de protección... o reclamar de nulidad del acto por inconstitucional conforme a los artículos 6º y 7º (sanción de nulidad) y 73 incisos 1º y 2º (que otorgan a los tribunales de justicia plena jurisdicción en lo administrativo), de la Constitución en un juicio de lato conocimiento... La inexistencia, por ahora, de tribunales administrativos no implica en el actual ordenamiento jurídico, en modo alguno indefensión para quien es víctima de una arbitraria discriminación, injusta o irracional o injustificable en la ética de los hechos, por parte de una autoridad política o administrativa".

civiles; hecho que todavía refuerza, aún más, la idea de que esta materia es propia de los tribunales ordinarios de justicia⁸.

Creemos ser fieles con las ideas más permanentes de la Comisión Redactora, tarea que es muy difícil, sobre todo si se tiene en consideración que hubo cambios sustanciales en la composición de la misma cuando ya se había aprobado parte importante del anteproyecto de nueva Constitución, como en el caso lo fue el artículo 19 N° 3. A veces la intervención desafortunada de personas ajenas a la Comisión que no conocían íntimamente las convicciones de los redactores y acuerdos ya adoptados, llevaron temores a los Comisionados, pero pasando por encima de ellos hemos tratado de encontrar lo que estimamos han sido sus convicciones profundas y permanentes. Pero, por sobre estos antecedentes creemos ser fieles a lo que la propia Constitución valora y concreta en cuanto establece un *régimen administrativo tutelado judicialmente*⁹.

⁸ Véase anexo 3, *Sobre el alcance de la expresión "causas civiles" que emplea el artículo 73 de la Constitución de 1980*; consúltese especialmente sesiones 297, 298, 303, 304 y 331. En el mismo sentido *Enrique Evans de la Cuadra*, ob. cit., p. 16.

⁹ Véase nuestro trabajo *El régimen administrativo tutelado*, *Gaceta Jurídica* 71 (1986), p. 7-10.