

# Definiciones constitucionales sobre la justicia administrativa (1)

Día 1 – Panel 1

## Tabla de contenido

I. El control jurisdiccional de la administración y la tutela judicial efectiva como principios constitucionales necesarios para un efectivo procedimiento contencioso administrativo chileno.....	3
El control jurisdiccional de la Administración y la tutela judicial efectiva.....	6
Revisión de algunos conflictos contencioso administrativos a la luz del principio de control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva.....	7
El conflicto entre el funcionario público con la Administración. ....	8
El conflicto entre el particular y la Administración. ....	10
La revitalización del control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva como un principio constitucional.....	12
II. Estado social y control judicial de la Administración Pública. Una propuesta de reconstrucción necesaria de éste a partir de este nuevo modelo de Estado .....	14
Introducción .....	14
El concepto de “Estado social” .....	15
“Estado social” y Administración Pública .....	15
El sistema de control de la Administración Pública en un “Estado social” .....	16
El control judicial de la Administración Pública en un “Estado social” .....	17
Los desafíos para Chile de un nuevo sistema de control judicial de la Administración Pública en un “Estado social” .....	19
Conclusiones .....	21

III. Nulidad de derecho público y Estado de Derecho .....	23
Introducción .....	23
El estado actual de la nulidad imprescriptible .....	23
¿Es la imprescriptibilidad un problema? .....	27
Imprescriptibilidad: su importancia para el Estado de Derecho.....	27
Retroactividad de la declaración de nulidad.....	29
¿Qué debiese decir la Constitución sobre la nulidad de derecho público?.....	29
Imprescriptibilidad de la acción y retroactividad de la declaración .....	29
La nulidad en el sistema de acciones contencioso-administrativas .....	31
Conclusiones .....	31

# **I. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES NECESARIOS PARA UN EFECTIVO PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CHILENO**

Fabián Huepe Artigas

En materia de justicia administrativa, hay claramente dos principios que han sido objeto de importante análisis para el desarrollo de una mejor y más eficaz justicia administrativa. Ellos son el control jurisdiccional de la Administración y la tutela judicial efectiva.

En efecto, el control jurisdiccional de la Administración constituye un elemento básico de todo Estado de derecho, sin el cual este se encontraría claramente cuestionado. No podría concebirse un Estado en que sus autoridades administrativas pudieran actuar en abuso o exceso de poder sin que exista un órgano jurisdiccional que controle su actuar a fin de evitar una arbitrariedad de parte de la Administración.

Así por lo demás, lo ha entendido el derecho comparado, estableciendo distintos sistemas para efectuar tal control, ya sea a través de una justicia administrativa especializada separada del poder judicial, como lo es en Francia con el Consejo de Estado y las Cortes y tribunales administrativos, ya sea un sistema judicialista al confiar el contencioso administrativo a tribunales que forman parte del poder judicial, o bien un sistema autónomo con tribunales especiales independientes del poder judicial, sin perjuicio de las mixturas que pueden darse en estos sistemas

Por otra parte, también ha cobrado relevancia el principio de tutela judicial efectiva en la justicia administrativa en cuanto a que los conflictos suscitados entre el particular y la Administración sean real y concretamente conocidos por un juez y

no bajo una mera revisión de lo actuado en sede administrativa, ni basado en un control superficial con limitaciones o condicionantes que no permitan que el juez contencioso administrativo resolver de manera plena y cabal el conflicto que se les ha presentado. Este principio también se relaciona con el debido proceso y con el derecho a un juzgamiento en un tiempo razonable y justo, lo que implica también la revisión del procedimiento contencioso administrativo, que debe adecuarse a las necesidades tanto de la Administración en búsqueda del bien común, como del administrado en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Cabe destacar que estos principios por su importancia, han sido recogidos y considerandos en las Constituciones de los países en que se ha relevado su importancia. Así en la Constitución Española se consagra en su artículo 117 El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, así como el principio de unidad jurisdiccional; en tanto que el control de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá entre otros, según su letra c) por la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo esencial la norma del artículo 24 que consagra el principio de tutela judicial efectiva, al expresar que todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Finalmente, han considerado el artículo 103.1 Artículo 103 que indica que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con *sometimiento pleno a la ley y al Derecho*, sometimiento que debe entenderse frente al juez.

Por su parte, la constitución alemana establece que todos tienen derecho a ser oídos ante los tribunales (art. 103 Ley Fundamental de Bonn) aunque la norma esencial del sistema sería el establecido en el artículo 19 (4) que indica que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Agrega la disposición que, si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.

De lo recientemente dicho, no se puede olvidar que la tesis de la justicia administrativa como un sistema subjetivo, en protección derechos e intereses subjetivos, fundado en la lesión al administrado, descansa sobre la corriente alemana (derechos públicos subjetivos) lo que ha generado una importante influencia que no sólo se ubica en Europa, sino que también en nuestro país.

Francia tampoco ha estado ajeno a estos principios, y es así como el Consejo Constitucional mediante dos decisiones, la primera del 22 de julio de 1980 y la segunda de 23 de enero de 1987 constitucionalizan tanto la jurisdicción contenciosa administrativa como el derecho administrativo, declarando la independencia de la jurisdicción administrativa, y en especial, la anulación o reforma de las decisiones tomadas por las autoridades públicas en el ejercicio de las prerrogativas de potestad pública, la que figura como “un principio fundamental reconocido por las leyes de la república”.

Estos principios constitucionales, que también han tenido alguna recepción en Latinoamérica (Argentina, mediante la interpretación de algunos preceptos constitucionales, en especial la tutela judicial efectiva, como también acontece en Perú, o la regulación constitucional del Consejo de Estado en Colombia) no se reflejan claramente en el actual texto constitucional chileno. En efecto, en relación al control jurisdiccional de la Administración, podría interpretarse que tal principio se contiene en el artículo 38 de la actual Constitución Política que prescribe que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Sin embargo, esta norma se interpretó durante muchos años como aquella que establecía el principio de responsabilidad patrimonial del Estado (en ese entonces entendida como responsabilidad objetiva) para luego ser refutada por la doctrina contraria, reduciendo el precepto a una mera norma de competencia; ni

siquiera de un principio de control jurisdiccional de la Administración, ya que sólo se limitó, según aquella doctrina, a la posibilidad de que cualquier persona lesionada podía reclamar ante los tribunales que señala la ley (lo que no deja de ser importante en todo caso). Por otra parte, y en relación a la tutela judicial efectiva, sólo podría desprenderse tal principio mediante alguna interpretación de normas legales y constitucionales, entre las cuales está, el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política que consagra el debido proceso.

Dicho lo anterior, la pregunta medular que motiva este trabajo es, si el principio de control jurisdiccional de la Administración y el principio de tutela judicial efectiva, baluartes de un Estado de derecho, requieren ser revitalizados a la luz de una relectura y comprensión más acaba del actual artículo 38 de la Constitución Política y, por otra parte, si en el evento de aprobarse una nueva Constitución Política, debiera aquélla incluir principios explícitos en tal sentido. La hipótesis de este trabajo afirma que existe una debilidad y fragilidad institucional en relación a la concreción de estos principios en sede contenciosa administrativa, que puede mejorarse mediante una lectura revitalizadora del artículo 38 inciso 2° de la actual Carta Fundamental, o mediante la inserción de principios explícitos mediante en una futura Constitución Política.

Para lo anterior, se analizará brevemente cuál es el alcance del principio de control jurisdiccional de la Administración y la tutela judicial efectiva, y luego se analizarán determinados conflictos contenciosos administrativos a luz de tales principios para visualizar si responden al estándar exigido, para luego terminar con las conclusiones de rigor.

## **El control jurisdiccional de la Administración y la tutela judicial efectiva.**

En este acápite se analizarán los conceptos que se han vertido sobre estas materias, destacando que el control jurisdiccional de la Administración dice relación con la fiscalización o revisión que un tribunal de justicia y no un órgano

administrativo, realiza acerca de la legalidad y razonabilidad de la actuación administrativa, ya sea en la actividad formal de la Administración, (actos y contratos administrativos) mediante la sanción al abuso, exceso o desviación de poder, o en su actuación material (hechos materiales) a través de instituciones como la responsabilidad del Estado. El estándar esperable en el marco teórico es que no pueden existir actuaciones de la Administración exentas de un control judicial, salvo excepciones muy acotadas que se han planteado en la doctrina (las discutidas “cuestiones políticas” y algunos tópicos de la discrecionalidad administrativa) ni mucho menos casos de inadmisibilidad que, de existir, deben ser muy excepcionales.

Por otra parte, en relación a la tutela judicial efectiva se ha sostenido que consiste en el derecho a ser oído real y concretamente por un juez, sin estorbos, sin entorpecimientos, y en el ámbito contencioso administrativo, a través de un procedimiento contencioso administrativo adecuado y razonable. El estándar esperable es que no existan limitaciones o condicionantes para el juez, que terminen en un mero control “formal” de la actuación administrativa, con limitaciones para controlar los hechos, o ser un mero “revisor” de una actividad administrativa considerada impropia como instancia, o contarse con un procedimiento administrativo inidóneo que no permite resolver el fondo del asunto, limite las pruebas o genere dilaciones que hagan ilusorio los fines perseguidos tanto por la Administración como el administrado.

### **Revisión de algunos conflictos contencioso administrativos a la luz del principio de control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva.**

En este epígrafe se analizarán brevemente diversos conflictos entre la Administración y administrado para ver si satisfacen los estándares de los principios antes señalados. De este modo se revisará:

El conflicto entre el funcionario público con la Administración.

Se dará cuenta de la precariedad en que se encuentran los funcionarios públicos, quienes en realidad no cuentan con un control jurisdiccional eficaz para impugnar la ilegalidad o arbitrariedad de la Administración. En efecto:

- El reclamo de ilegalidad ante la Contraloría: no puede ser considerado un contencioso administrativo por cuanto es un órgano de control administrativo y no jurisdiccional, pero que ha debido asumir algunas cuestiones propias de un tribunal contencioso administrativo. Además, contra el dictamen de contraloría no hay un diseño armónico de impugnación jurisdiccional, el que se funda en dos contenciosos administrativos inidóneos como lo son el recurso de protección y la acción de nulidad de derecho público que también podrían interponerse directamente sin reclamar a Contraloría, y que se detallan en los números que siguen.
- El recurso de protección. No es una acción idónea por cuanto no es auténticamente un contencioso administrativo, sino que un sucedáneo imperfecto de un inexistente contencioso administrativo general, con limitación en prueba y en el control de fondo, ya que en realidad sólo es una herramienta cautelar de emergencia de protección de derechos fundamentales. Además se destaca desde ya un problema de diseño institucional, que no distingue si frente a la decisión administrativa se debe o no agotar la vía administrativa previamente (reclamando por ejemplo a Contraloría), ya que se permite recurrir directamente en contra de la decisión administrativa lo que puede implicar una dualidad de decisiones contradictorias entre lo resuelto por Contraloría por una parte, y lo resuelto por los tribunales por la otra, lo que ha generado problemas de prelación de fuentes.



Por otra parte, cabe hacer presente la falta de especialización del tribunal, que en este caso es una Corte de Apelaciones que no cuenta con sala especializada en lo contencioso administrativo, conociendo del asunto Ministros que ven una multiplicidad de materias (civil, penal, laboral, familia, y administrativo) y que profesionalmente están “entrenados”, principalmente, como “revisores” de sentencias (de primera instancia). Ello implica una mirada más revisionista de lo resuelto por la Administración y además con una herramienta cautelar que a la menor complicación llevará ineludiblemente al rechazo del recurso por estimarse que debe ejercerse la acción en un juicio de lato conocimiento. Además, se plantean algunos problemas con las denominadas cuestiones “de mérito” que la Corte en algunos casos estima que no puede entrar a conocer no obstante ser cuestiones “jurídicas”.

- La acción de nulidad de derecho público, que es el extremo inidóneo opuesto, esto es, un proceso judicial de lato conocimiento mediante juicio ordinario con una lentitud que hace ilusoria una protección del funcionario y el cumplimiento de los fines de la Administración, sin perjuicio de su discutible utilización de acuerdo a la propia jurisprudencia. También aquí se ha planteado el problema de las cuestiones de “mérito”.
- Las acciones laborales de tutela laboral de derechos fundamentales y el reconocimiento de relación laboral para los funcionarios a honorarios. En realidad, esta es una salida inicialmente forzada y artificial con recepción jurisprudencial precisamente por la falta de control jurisdiccional de la Administración, con vaivenes en el caso de la tutela laboral, provocadas por las decisiones del Tribunal Constitucional en conflicto con la Corte Suprema y que sólo se resuelven por la dictación de una ley interpretativa que confirma que los funcionarios públicos tienen derecho a la tutela laboral. Si bien es un avance, ya que aquí se podría satisfacer el control jurisdiccional de

la Administración, puesto que un juez efectivamente conoce de los hechos y el derecho (existe un procedimiento con posibilidad de rendir prueba) plantea, sin embargo, algunas insuficiencias o limitaciones tratándose del principio de tutela judicial efectiva.

Efectivamente, la tutela laboral sólo permite conocer de afectación de los funcionarios públicos tratándose de ciertos derechos fundamentales afectados (y no cualquier lesión a su derecho) y siempre que se base en situaciones de discriminación “laboral”, lo que se aleja de un contencioso (objetivo o subjetivo) de mera ilegalidad, ya que un acto administrativo ilegal por falta de fundamento o motivación, no necesariamente implicará que se acoja una tutela laboral si no se acompañó de un acoso o discriminación laboral, lo que asimila esta acción al equivalente contencioso administrativo de casos típicos de desviación de poder que de por sí son de difícil acreditación.

Por otra parte, tratándose de los funcionarios “a honorarios”, si bien no son funcionarios públicos, para terceros su comportamiento es muy similar a un agente del Estado, y cuando estos funcionarios actúan cumpliendo con los elementos del artículo 7° del Código del Trabajo, la Corte Suprema los ha considerado como sujetos a tal Código para efectos de sancionar a la Administración con pagos de indemnizaciones laborales, lo que ha generado sin duda bastante polémica. En todo caso, aquí el tema se escapa de una típica reclamación contenciosa administrativa.

En suma, estas acciones no satisfacen el estándar de un control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva, con alguna excepción en la acción de tutela laboral de derechos fundamentales, que igualmente tiene algunas limitaciones.

#### El conflicto entre el particular y la Administración.

Es un tanto complejo analizar este tópico, en primer lugar, por la dispersión contenciosa administrativa existente en estos conflictos. Así tenemos: a) un procedimiento contencioso administrativo especial ante tribunales especiales

(Tribunal Tributario, Aduanero, Ambiental, De Contratación, etc.) pero revisado por Cortes no especializadas; b) un procedimiento contencioso administrativo especial que parte con una fase administrativa y después judicial ante juez de primera instancia no especializado (por ej: sumario sanitario, reclamación de multa ambiental, invalidación); c) un procedimiento contencioso administrativo especial que parte con una fase administrativa y luego una judicial ante Corte de Apelaciones no especializada (reclamo de ilegalidad municipal, reclamo superintendencias, etc.).

A lo anterior se suma la diversidad de procedimientos contencioso administrativos especiales y la falta de un procedimiento contencioso administrativo general que utiliza impropiaemente el recurso de protección.

De toda esta dispersión y sobre especialización pueden advertirse las siguientes falencias generales en relación a los principios de control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva.

- Jueces no especializados. Salvo el caso de los procedimientos especiales con jueces “sobre especializados” (son jueces contencioso administrativos y además especializados en una determinada materia) tratándose de los otros contenciosos administrativos especiales, ellos son conocidos por jueces “civiles” que, si bien, están en continua capacitación, tiene una “vocación civil” que hace más complejo el diálogo entre doctrina y jurisprudencia especializada como lo es el ámbito del derecho administrativo.
- Los procedimientos no son idóneos para conocer conflictos contenciosos administrativos. En efecto, nuestro sistema procesal establece en algunos casos un procedimiento administrativo de plazo incierto, sumado a un “procedimiento sumario”, con apelación ante segunda instancia y casación ante la Corte Suprema (como es el caso del sumario sanitario y la invalidación administrativa, en ambos casos la fase administrativa es bastante incierta en su duración) lo que no se

condice con un procedimiento contencioso administrativo que equilibre los fines perseguidos por la Administración y los derechos e intereses de los administrados.

- Existen limitaciones para un efectivo control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva. En los casos en que se establece un procedimiento con fase administrativa (incierto en el tiempo) seguido de una “reclamación” ante una Corte de Apelaciones, no se visualizan las garantías en rendición de prueba, conocimiento de fondo de los antecedentes, ni control efectivo de los hechos, operando más bien la Corte (no especializada) como una suerte de “revisor formal” de lo actuado en contencioso administrativo.

Finalmente, en el caso de procedimientos en que conoce un juez de primera instancia (sumario sanitario, invalidación administrativa, reclamo de multas laborales) es probable que los principios de control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva se cumplan de mejor manera, pero aun se observan algunas limitaciones, tal vez la dilación del procedimiento, algunas dudas con las cargas probatorias, y cuestiones de discrecionalidad administrativa.

En definitiva, se argumentará que estos procedimientos no satisfacen los principios enunciados, con las excepciones ya vistas.

### **La revitalización del control jurisdiccional de la Administración y tutela judicial efectiva como un principio constitucional.**

En este punto se argumentará la importancia de establecer o reconocer estos principios a nivel constitucional, ya que genera una orientación al legislador en orden a perfeccionar estos procedimientos, pero también al juez mismo, en cuanto a la forma en que deben abordarse los contenciosos administrativos asumiendo una postura más activa (no activista) en el control bajo una interpretación conforme a la Constitución. De esta manera, mediante una lectura más vigorosa del artículo 38 inciso 2° de la CPR puede argumentarse que se consagra a nivel constitucional el

control jurisdiccional de la Administración y la tutela judicial efectiva mediante un control más intenso de la actividad administrativa, sin limitaciones ni condicionantes ficticias, para dar cumplimiento al principio constitucional.

También se argumentará brevemente la conveniencia “lege ferenda” de incluir estos principios de manera explícita en la posible futura Constitución.

## **II. ESTADO SOCIAL Y CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN NECESARIA DE ÉSTE A PARTIR DE ESTE NUEVO MODELO DE ESTADO**

Juan Carlos Ferrada Bórquez

### **Introducción**

Uno de los temas que probablemente marcará nuestra próxima discusión constitucional es el modelo de Estado que requiere nuestro país para esta nueva época. Esto implica una reflexión profunda sobre la estructura del Estado desde una perspectiva organizacional, funcional y territorial, incluyendo el debate sobre nuestro actual modelo de Estado subsidiario, el que ha venido siendo objeto de cuestionamiento y crítica en los últimos años.

En esta perspectiva, una de las propuestas que seguramente se discutirá, y que pareciera tener apoyo en buena parte de la doctrina jurídica y en amplios sectores de la ciudadanía, es la configuración del Estado de Chile como un Estado social, lo que supondría una superación del viejo Estado liberal clásico (o neoliberal) y su reconstrucción como un Estado que tuviera en el centro de sus preocupaciones la igualdad material y la justicia social.

En este sentido, una arista relevante -aunque claramente no la más importante- de este Estado social es su impacto el sistema de control judicial de la Administración Pública, en la medida que su diseño institucional, procedimientos y respuestas deben ser coherentes con aquel. Así, la construcción de un Estado social no solo supondría un nuevo rol de la Administración Pública en la configuración de la sociedad, sino además, desde la perspectiva del control judicial, un rediseño de nuestro incompleto y deficiente sistema de justicia administrativa.

A estos efectos, este trabajo se estructura en seis puntos. En el primero se hace una breve precisión sobre los alcances del concepto “Estado social”. En el segundo analizaré el impacto que tiene ese Estado social en la configuración de la Administración Pública. En el tercero trataré de precisar los alcances que tendría esta nueva configuración de la Administración Pública en el sistema de control de ésta. En el cuarto abordaré en concreto los desafíos que implica el Estado social en el control judicial de la Administración Pública. En el quinto analizaré cómo esos desafíos impactan en concreto al sistema de control judicial existente en nuestro derecho. Finalmente, formularé algunas conclusiones en esta materia.

### **El concepto de “Estado social”**

El término “Estado social”, como se sabe, proviene de una formulación doctrinal alemana de principios del siglo XX, aunque tendrá consagración normativa sólo en 1949 con la Constitución de Bonn. Con él se quiere aludir, esencialmente, a la exigencia de imponer como misión/obligación del Estado no sólo la protección de la igualdad formal, sino también material, corrigiendo las desigualdades que existen en las relaciones sociales, a fin de garantizar de forma eficaz la libertad de todas las personas.

Lo anterior implica que, bajo esta cláusula abierta, el Estado asumirá una función social, que le permitirá poner en marcha un conjunto de acciones de intervención social, en el marco de una política social, con miras a lograr un bienestar general de la población, habilitándolo especialmente para generar un sistema de seguridad social. Esto implicará que el conjunto de poderes y órganos del Estado estarán dirigidos y compelidos por esta fórmula jurídica, debiendo sujetar sus actuaciones a ésta, lo que incluirá la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a la luz de aquella.

### **“Estado social” y Administración Pública**

En este contexto, una de las organizaciones fuertemente condicionadas por la configuración de este nuevo modelo de Estado es la Administración Pública. En

efecto, a ésta le corresponde la realización efectiva del Estado social, en la medida que es responsable de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto, satisfaciendo los fines u objetivos de este nuevo modelo de Estado. Así, la Administración Pública deberá llevar adelante las acciones de intervención social en el marco de lo establecido por la ley, pero sin operar sólo como órgano ejecutor de ésta, sino como colaborador activo, atendida la abstracción y generalidad que tendrán a menudo las normas legales en un Estado social.

Esta Administración Pública deberá actuar con eficacia en el cumplimiento de los fines que le ha impuesto el ordenamiento jurídico, operando objetivamente conforme a los intereses generales, de acuerdo con las definiciones políticas que han adoptado los órganos constitucionales representativos. En este sentido, la Administración Pública se erige como una organización burocrática y neutral políticamente, que opera bajo la dirección del Gobierno, pero que está habilitada para cumplir con fuerza propia (“autonomía administrativa”) los intereses generales definidos por el Derecho, como verdadero poder público.

De ahí que la Administración Pública no sea vista en el Estado social como un mero órgano ejecutor de la ley previa y agotadoramente programado por ésta, sino como una organización habilitada de amplios poderes jurídicos -incluidas, desde luego, potestades discrecionales- que le permite desarrollar la acción estatal de conformación de la vida social, cumpliendo así con el deber positivo de actuación que le impone este nuevo modelo de Estado.

## **El sistema de control de la Administración Pública en un “Estado social”**

Evidentemente, esta nueva forma de concebir y configurar la Administración Pública implicará, necesariamente, un rediseño de su sistema integral de control, ya que éste no podrá operar sólo como un mecanismo de supervisión externo y formal de la aplicación de la ley, ni podrá tener como único parámetro el cumplimiento estricto de la norma jurídica. Así, por un lado, el Estado social deberá incorporar en



el sistema de control estándares de eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los intereses generales previamente definidos por los órganos constitucionales representativos, pero por otro, deberá también diseñar órganos e instrumentos adecuados para realizar este tipo de control.

En este sentido, el sistema de control de la Administración Pública no podrá agotarse en el sólo control judicial, que tiene precisamente como parámetro único (o prevalente, al menos) la ley -estándole vedado normalmente el control de mérito, atendido su configuración constitucional-, sino que requerirá del diseño y operación de otros órganos e instrumentos de control que puedan utilizar esos otros estándares de actuación que exige el Estado social. Así, reaparecen con fuerza y requieren de una nueva configuración, los controles políticos y administrativos, que precisamente permiten el control de mérito, resguardando las autoridades políticas y administrativas el efectivo cumplimiento de los mandatos dispuestos por el Derecho.

Ello debería también llevar, en nuestro caso, a un rediseño de la Contraloría General de la República, en cuanto órgano administrativo autónomo encargado de supervisar el correcto uso de los recursos públicos, pero delimitando claramente su ámbito de actuación y su exclusión de las evaluaciones de mérito, las que sólo deberán existir en el seno de la propia Administración del Estado y del Gobierno, en su caso. Además, producto de una reconfiguración del control jurisdiccional -tema que abordaré a continuación-, la Contraloría debería quedar, por regla general, inhabilitada para la resolución de controversias jurídicas entre los particulares y la Administración Pública, más aún considerando su posición institucional y las limitaciones procedimentales que presenta para ello.

## **El control judicial de la Administración Pública en un “Estado social”**

Como ya se adelantó, esta nueva configuración del Estado y de la Administración Pública debiera afectar el diseño del sistema de control de ésta,

incluido el control jurisdiccional. Lo anterior es evidente si se tiene en cuenta que en este nuevo modelo la Administración Pública tendrá un nuevo rol institucional, participando activamente en la realización efectiva del Estado social. Ello llevará, necesariamente, a nuevas formas de actuación de la Administración Pública, bajo otros procedimientos administrativos y con la finalidad de satisfacer los intereses generales dispuestos por el Derecho.

Esto requerirá de un sistema de control judicial que no sólo se construya a partir de la revisión judicial de actos administrativos formales, sino también sea capaz de conocer y resolver controversias planteadas por los ciudadanos por denegación o incumplimiento de las prestaciones sociales u otras omisiones ilegales. Lo anterior, sin embargo, no puede llevar a configurar el control judicial de la Administración Pública como un ámbito de definición de políticas públicas al margen del Derecho o de revisión o sustitución de los órganos de representación política o de la propia Administración, ya que ello excedería el rol institucional del juez en un Estado de Derecho.

En este contexto, este nuevo Estado social debería llevar a un reforzamiento del sistema de control o tutela judicial -sin perjuicio de la reformulación de los otros controles ya apuntados-, dotando a los tribunales de medios personales y materiales adecuados para tal fin, establecer procedimientos idóneos que permitan discutir las diversas pretensiones que planteen los ciudadanos ante los tribunales, especialmente acciones que exijan prestaciones de la Administración, las cuales deben ser satisfechas en un plazo razonable para no hacer ilusoria la tutela judicial.

Lo anterior requerirá de un sistema de control judicial que permita a los particulares un acceso expedito y rápido a los tribunales de justicia, en que los procedimientos administrativos previos y las instancias judiciales de revisión no se transformen en un obstáculo a la efectiva tutela judicial. A tal fin, la celeridad, oralidad y concentración de los procedimientos judiciales deben ser principios relevantes para ejercer el control judicial, junto a un efectivo sistema de medidas

cautelares que permita suspender los actos administrativos durante el juicio, especialmente en los casos en que se puedan ver afectados derechos fundamentales de los intervinientes, sin perjuicio de la existencia de otras medidas provisionales a disposición del juez, pero sin que ello afecta o ponga en peligro la eficacia de la acción administrativa.

Por último, un control judicial de la Administración Pública consistente con un Estado social requiere de un sistema eficaz de cumplimiento de la sentencia judicial que satisfaga las exigencias de la plenitud de la tutela judicial. Ello obligaría, según la doctrina, a la existencia de un modelo de ejecución de sentencias de naturaleza judicial, y no “retenida” en la propia Administración -como ocurre en muchos países, incluyendo Chile-, en que aquella esté radicada en los propios tribunales de justicia que conocieron el asunto controvertido, sin perjuicio de las modulaciones que impone el interés público y el principio de legalidad presupuestaria respecto de las sentencias condenatorias en dinero.

### **Los desafíos para Chile de un nuevo sistema de control judicial de la Administración Pública en un “Estado social”**

Lo antes analizado sirve, a mi juicio, de buen marco de referencia para aquilatar los desafíos que tendría para el ordenamiento jurídico chileno la consagración en la nueva Constitución de un “Estado social” para el sistema de control judicial de la Administración del Estado. Ello exigiría, como se puede observar, de una completa revisión de nuestro sistema actual que no satisface siquiera los requerimientos que impone el solo Estado de Derecho.

En este sentido, el sistema de control judicial debería tener como premisas el establecimiento de tribunales independientes, imparciales y especializados que conozcan los asuntos administrativos, la existencia de procedimientos judiciales idóneos para ello, la determinación de plazos razonables de impugnación y tramitación de los actos u omisiones de la Administración Pública, el reconocimiento de diversas acciones y/o pretensiones que puedan plantear las partes, un adecuado

y eficaz sistema de medidas cautelares y provisionales y un modelo de ejecución judicial de sentencias que haga efectivo el derecho a la tutela judicial.

Estos elementos, que son los básicos o indispensables -aunque no todos, desde luego- que requiere un sistema moderno de control judicial de la Administración Pública, derivan por cierto no sólo de la configuración del Estado como social, sino más primariamente de la propia afirmación y vigencia del clásico Estado de Derecho. En efecto, la existencia de tribunales independientes e imparciales, la regulación de un adecuado y eficaz sistema de tutela cautelar o la ejecución o cumplimiento de las sentencias judiciales son exigencias que impone el Estado de Derecho, en su formulación más básica y actual, sin que por ello ese Estado aspire o pretenda constituirse como Estado social.

Sin perjuicio de lo anterior, hay algunos de estos elementos que, como ya vimos, tienen una especial relevancia para el “Estado social” y que su consagración en el nuevo texto constitucional presionará o debería llevar a su reconocimiento e implementación en el ámbito legislativo. Así, la creación de procedimientos y acciones judiciales idóneas para el tipo de conflictos jurídicos que se ventilan en esta materia, especialmente cuando lo que se discute no es sólo la validez de un acto administrativo, sino la falta de una prestación social o la inactividad de la Administración Pública en ámbitos de especial impacto para los ciudadanos en general, es una exigencia que deriva directamente del “Estado social”, lo que es incompatible con la escasa, rudimentaria, ineficaz y elitista regulación que existe en este ámbito en nuestro derecho.

En efecto, si bien las carencias de nuestro sistema de control judicial de la Administración del Estado ya son conocidas por todos, ellas se vuelven más evidentes si se trata de ponerlas en conexión con el Estado social. En este contexto, la falta de procedimientos y acciones (pretensiones) idóneas para resolver las controversias a que dan lugar la falta de acción positiva del Estado en beneficio de los ciudadanos -ya sea por inexistencia de procedimientos especiales para ello (los

que si existen, por el contrario para resolver controversias de los agentes económicos relevantes, al hilo de la preminencia de estos intereses en un Estado subsidiario y liberal), su insuficiencia para discutir el fondo del asunto (Recurso de Protección) o su lentitud e inadaptabilidad (Nulidad de Derecho Público)- hacen imposible en nuestro Derecho satisfacer las exigencias que impone el Estado social en este ámbito, haciendo perentorio una reforma radical en este ámbito.

Algo parecido se puede decir de la tutela cautelar, que más allá de su falta de adecuación a las exigencias del Estado de Derecho ya apuntada, también presenta una especial dimensión en el ámbito del Estado, desde el momento que la suspensión -necesaria, por cierto, y también fallida en nuestro Derecho- se vuelve insuficiente para las controversias jurídicas a que pudiera dar lugar la implementación efectiva de un Estado social. En efecto, en este tipo de casos se requiere, como bien ya lo ha establecido la doctrina comparada, de un conjunto de medidas provisionales puestas a disposición del juez, que permita a los ciudadanos acceder rápida y eficazmente a la tutela judicial mientras se resuelva el fondo de la cuestión discutida, atendidos los derechos e intereses discutidos.

Para regular estas materias puede ser de gran relevancia tener en cuenta los criterios que han ido construyendo los tribunales supranacionales y/o internacionales en materia de derechos humanos -en particular, en nuestro caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, los que también son aplicables a los asuntos administrativos, aunque ello haya tenido poco desarrollo hasta ahora. Así, la independencia del tribunal, el acceso a un procedimiento rápido y eficaz o la exigencia de un plazo razonable son criterios perfectamente aplicables en este ámbito, aún cuando ellos hayan sido formulados a propósito de otro tipo de controversias.

## **Conclusiones**

De lo antes expuesto es posible concluir que el “Estado social” también tiene un impacto muy relevante en la configuración del control judicial de la Administración

Pública, además de los otros ámbitos más reconocibles y evidentes del sistema jurídico. Llamar la atención sobre ello y promover la reforma en este sentido es una exigencia y un desafío, que se vuelve más urgente una vez instalado el nuevo “Estado social”.

### III. NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO Y ESTADO DE DERECHO

Jaime Phillips Letelier<sup>1</sup>

#### Introducción

En esta ponencia analizaré el problema de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público. Argumentaré que la posibilidad de solicitar que se declare la nulidad de un acto administrativo sin límite de tiempo es un elemento necesario para preservar el Estado de Derecho y la separación de poderes. En forma adicional, haré ver que el verdadero problema detrás de las críticas que se dirigen en contra de la imprescriptibilidad de la nulidad en derecho público se refieren más bien a los problemas que genera el efecto retroactivo de la declaración, más que la imprescriptibilidad en sí misma. Considerando lo anterior, haré una propuesta de qué debiese decir una eventual nueva Constitución respecto de la nulidad de derecho público y cómo se podría organizar el sistema de acciones contencioso- administrativas teniendo en cuenta la tesis sostenida.

#### El estado actual de la nulidad imprescriptible

El origen del constructo que denominamos “acción de nulidad de derecho público” se origina en el año 1976 (Ferrada 2020 p. 52). La idea se sustenta en que el artículo 7° de la Constitución sanciona de modo tajante con la ineficacia a aquellos actos que no reúnen los elementos de juridicidad ahí señalados. Tales actos deben ser considerados como inexistentes desde el momento en que se incurre en el vicio: se trata de una nulidad con efecto *ipso iure* y *ab initio* (Soto Kloss 2012 pp. 505-531).

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 1509, Providencia. Correo electrónico: [jphillips@uft.cl](mailto:jphillips@uft.cl).

Siguiendo con este planteamiento, por razones de seguridad jurídica, quien se quiera beneficiar de esta sanción de inexistencia debe solicitar al juez que la declare. Al ser ejercida esta acción, la función del tribunal consiste en resolver si existe el vicio, declarar la nulidad en caso afirmativo y ordenar las restituciones e indemnizaciones de procedan, en concordancia con lo solicitado por el demandante.

Tratándose de una declaración de inexistencia, no habría límite de tiempo para ejercer la acción de nulidad de derecho público (Bocksang 2017 pp. 18-19). Por otro lado, tampoco cabría someterla a plazo de caducidad o prescripción alguno. Esto porque, al ser una sanción de ineficacia establecida en la Constitución, el sistema de fuentes del derecho no tolera que una norma de rango legal limite la eficacia de otra de rango constitucional, a saber, el artículo 7° de la Constitución. En este sentido, la Constitución no prevé límites de tiempo para ejercer las acciones de nulidad reguladas en ella (Soto Kloss 2012 pp. 526-257).

Este criterio fue utilizado para resolver múltiples casos en la década de los 80' y de los 90'; siendo la última sentencia de que tengo noticia del año 2013 (Corte Suprema, 30 de diciembre de 2013, rol 9953-2011, considerando 16°). En algunos de ellos, la acción de nulidad fue intentada más de diez años después de la notificación de la decisión impugnada, dándose lugar a indemnizaciones por hechos acaecidos décadas antes de la declaración de nulidad.

Lo anterior generó una reacción por parte de un sector de la doctrina, que elaboró argumentos contrarios a este planteamiento. Autores de este sector se preguntaron: ¿qué pasaría si se impugna una liquidación de impuestos practicada hace décadas y demandada la responsabilidad del Estado? También se cuestionaron, ¿se podría pedir la nulidad de los decretos que hicieron pasar al Fisco el dominio sobre las tierras indígenas con ocasión de la denominada “Pacificación de la Araucanía”?, ¿podrían los propietarios actuales alegar la prescripción adquisitiva?, o ¿deberían los herederos de los afectados poder recuperar esas propiedades o, al menos, obtener una compensación? (Pierry 2017, p. 236).



En forma adicional, también señala el mismo autor que sería difícil aceptar que la nulidad de reglamentos o de actos administrativos que afectan a una pluralidad de personas pueda ser declarada en cualquier momento sin límite de tiempo. Esto porque la acción enderezada contra tales actos puede terminar afectado a muchas personas (Pierry 2017, p. 242).

De esta manera, de no aplicarse las normas sobre prescripción, se permitiría que el juez revise la legalidad de actos dictados 20 o 30 años atrás (Ferrada 2020 pp. 148-149), lo que atenta contra de la certeza jurídica, la estabilidad y la paz. Por otro lado, teniendo en cuenta que las normas sobre prescripción se aplican, en los términos del artículo 2497 del Código Civil, “a favor y en contra del Estado” y “de las municipalidades”, no habría razón para no aplicarlas al menos en lo que se refiere a los efectos patrimoniales derivados de una declaración de nulidad (Poblete 2013 pp. 344-345, 352-355).

Como consecuencia de lo anterior, a falta de una norma que limite en forma expresa la posibilidad de ejercer la acción de nulidad de derecho público, para resolver este problema, es necesario distinguir dos tipos de acciones: las por exceso de poder, destinadas a que se declare la nulidad de un acto administrativo, y las de plena jurisdicción, destinadas a materializar las restituciones e indemnizaciones que se deriven de la declaración de nulidad. La acción de nulidad de derecho público, entendida como una de exceso de poder, sería imprescriptible. Sin embargo, la evidente naturaleza patrimonial de las acciones de plena jurisdicción las haría prescribir de acuerdo con las reglas del Código Civil. Así, la acción de indemnización de perjuicios derivada de una declaración de nulidad de derecho público prescribiría en el plazo de cuatro años previsto en el artículo 2332 del Código Civil y las acciones de restitución prescribirían en el plazo de cinco años señalado en el artículo 2515 del Código Civil.

Con lo anterior, la discusión quedó prácticamente zanjada en que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible, pero en el entendido que las

acciones patrimoniales que deriven de la nulidad sí prescriben (Ferrada 2020 p. 93-94). Teniendo en cuenta esto, muchos autores han señalado que esta imprescriptibilidad en la práctica sería “inútil”, pues en muchos casos lo que persiguen los demandantes con una acción de nulidad es precisamente obtener una reparación patrimonial producto de la aplicación del acto antijurídico. De este modo, bien podría decirse que la acción de nulidad de derecho público resulta ineficaz atendida la verdadera pretensión del demandante (Ferrada 2020 p. 148-151; Pierry 2017 p. 237-241) o incluso que derechamente se encuentra prescrita (Poblete 2013 pp. 348-348).

Dicho lo anterior, de *lege ferenda*, existen autores que han sostenido la necesidad de regular el límite de tiempo dentro del cual puede ejercerse la acción de nulidad de derecho público. En general, se argumenta que, en otras jurisdicciones, las acciones “por exceso de poder” están sometidas a breves plazos de caducidad, como una forma de evitar que exista un control indiscriminado del juez sobre la Administración y dar también certeza jurídica (Pierry 2017 pp. 39, 237-242). Considerando lo anterior, con ocasión de dos seminarios sobre el tema, se argumentó que una eventual nueva constitución debiese considerar un plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción, tal como ocurre en otros países, donde la posibilidad de impugnar actos de la Administración está sometida a estrictos límites temporales (“Unificación del contencioso administrativo”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v= ABjDHafbOg> y

<https://www.youtube.com/watch?v=IXtC6s4yigU>; “Contenciosos con el Estado: ¿especialidad o régimen común?”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wu- 2huilg6E>).

De *lege lata* el planteamiento explicado en el párrafo anterior ha ido ingresando en nuestro ordenamiento jurídico mediante el principio de origen jurisprudencial denominado “de especialidad de la acción”. Este ha sido desarrollado por la Corte Suprema en varios fallos (Corte Suprema, 29 de enero de

2020, rol 18.766-2019, considerando 7°; Corte Suprema, 7 de marzo de 2019, rol 34.277-2017, considerando 10°). Consiste en que, en aquellos casos en que el legislador ha establecido una acción especial para reclamar de la legalidad de un acto administrativo, quedaría excluida la posibilidad de accionar por la vía de la nulidad de derecho público, acción que solo operaría de modo residual (ver también, Ferrada 2020 pp. 67-68, 96-99).

## **¿Es la imprescriptibilidad un problema?**

### Imprescriptibilidad: su importancia para el Estado de Derecho

En la actualidad toda la doctrina administrativa en nuestro país está de acuerdo en que el control judicial sobre la Administración es una pieza fundamental del Estado de Derecho. Al respecto, dice Pedro Pierry que es “evidente que en todo Estado de Derecho, es absolutamente necesario el control del juez sobre la Administración” (Pierry 2017 p. 39).

Por regla general, los tribunales ordinarios de justicia son competentes para conocer de las diversas acciones contencioso-administrativas en concurrencia con otros tribunales especializados; siendo competente el tribunal que determine la legislación en cada caso particular. Residualmente, se entiende que los tribunales civiles pueden conocer por la vía del procedimiento ordinario de la acción de nulidad de los actos administrativos (Ferrada 2020 pp. 67-68).

Quienes defienden la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público lo hacen argumentando que esta cualidad es necesaria para proteger el Estado de Derecho, asegurar la supremacía constitucional y el pleno respeto de los derechos de las personas (Soto Kloss 2012 p. 525), lo que ha sido advertido por los detractores de esta postura, sin perjuicio de que no se comparta la conclusión (Poblete 2013 p. 340-341).

En efecto, el control judicial sobre la Administración asegura el sometimiento de esta al derecho legislado y a la Constitución. En consecuencia, este control es

necesario para asegurar la separación de poderes del Estado, al permitir la contención de la Administración dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Lo anterior se vería mermado por una regla que haga caducar o prescribir de modo absoluto la posibilidad de impugnar una decisión de la Administración, ya que el transcurso del plazo de prescripción o caducidad permitiría— utilizando el lenguaje del artículo 1683 del Código Civil— el saneamiento de vicios de nulidad. ¿Qué implicaría dicho saneamiento? Pues que el acto se debiese tener por válido y que el juez no debiese conocer de las acciones de nulidad dirigidas contra este por el potencial vicio. De esta manera, la caducidad o prescripción de la acción permitiría subvertir el sistema de fuentes del derecho, ya que el transcurso del tiempo podría sanear actos con vicios de juridicidad (Bocksang 2019 pp. 432).

Por ejemplo, como ha ocurrido, si la autoridad administrativa aprueba una modificación a un plano regulador o dicta un reglamento que permite cobrar ciertas tarifas que, en realidad, la ley no le permite (Corte Suprema, 2 de septiembre de 2013, rol 2054-2013; Contraloría General de la República, dictamen N° 18.390-2007), el transcurso del tiempo podría sanear el vicio y tal potestad se consolidaría en el órgano respectivo por la vía reglamentaria. También, una pensión otorgada ilegalmente podría verse saneada por el paso del tiempo y permitir la conservación en el tiempo de un derecho otorgado en contravención a la legislación vigente, aunque el beneficiado se encuentre de mala fe (Corte Suprema, 1 de julio de 2009, rol 5559-2007, considerando 7°; Corte Suprema, 29 de enero de 2009, rol 3678-2007, considerando 8°).

Viendo lo anterior, someter la posibilidad de anular un acto administrativo a un breve plazo de caducidad o a una prescripción es problemático, pues le podría dar ocasión de que la Administración se arrogue potestades no conferidas por ley o que se consoliden en el tiempo actos administrativos ilegales, sin posibilidad de expulsarlos del ordenamiento jurídico. De este modo, aunque una nulidad puede tener consecuencias difíciles de prever en algunos casos (Pierry 2017 p. 242),

parece ser mejor para el Estado de Derecho que se pueda declarar la nulidad de este tipo de actos sin límite de tiempo.

#### Retroactividad de la declaración de nulidad

Si la nulidad imprescriptible es necesaria para el Estado de Derecho, ¿qué pasa con la seguridad jurídica? Para resolver este problema, hay que distinguir dos efectos de la declaración de nulidad. Primero, un efecto prospectivo, pues conlleva que el acto declarado nulo dejará de producir efectos. Segundo, un efecto retroactivo, porque la declaración de nulidad en general dará lugar a indemnizaciones y restituciones derivadas de la necesidad de revertir los efectos del acto antijurídico.

En los argumentos de los críticos de la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, pareciera que hay, más bien, una insatisfacción con el efecto retroactivo. En efecto, se ataca la idea de imprescriptibilidad quejándose de las devastadoras consecuencias que puede tener una declaración de nulidad emitida mucho tiempo después respecto de posiciones jurídicas consolidadas en virtud del acto declarado nulo. Pero ninguna de ellas permite concluir que un acto dictado con infracción del principio de juridicidad hace largo tiempo no deba ser eliminado, al menos *pro futuro*, del ordenamiento jurídico si un juez adquiriere la convicción de la existencia del vicio con independencia de tiempo transcurrido desde su dictación.

### **¿Qué debiese decir la Constitución sobre la nulidad de derecho público?**

#### Imprescriptibilidad de la acción y retroactividad de la declaración

Con lo dicho hasta ahora es posible sostener que la existencia de una acción de nulidad imprescriptible es un instrumento necesario para la preservación del Estado de Derecho y de la separación de poderes. Permitir la convalidación de vicios estableciendo un breve plazo de caducidad para ejercer tal acción o estableciendo una regla de prescripción puede terminar subvirtiendo el sistema de fuentes del derecho; lo cual no parece una solución razonable.

Por otro lado, la existencia de potestades para declarar la invalidez de actos estatales sin límite de tiempo en otros ámbitos no ha generado demasiados problemas. Por ejemplo, no existe límite de tiempo para que la Contraloría General de la República dictamine declarando la ilegalidad de un acto administrativo, ni tampoco el Tribunal Constitucional tiene un límite de tiempo para declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de un precepto legal contrario a la Constitución.

En estos casos, también el mayor problema que puede generar la posibilidad de declarar la invalidez de un acto sin limitación de tiempo son sus eventuales efectos retroactivos. La Contraloría General de la República ha abordado este problema generando su propia jurisprudencia sobre efectos temporales de sus propios cambios de jurisprudencia (Por ejemplo, Contraloría General de la República, dictámenes N° 24.731-2019, 92.308-2016 y 50.185-2007) y sobre la protección de situaciones jurídicas consolidadas en virtud de un acto nulo (Millar 2012 pp. 417-430).

De este modo, para evitar un control judicial “indiscriminado” o “absoluto” (Pierry 2017 p. 39; Ferrada 2020 p. 228), más que poner límites de tiempo para ejercer la acción, son necesarios mecanismos que permitan mitigar los efectos retroactivos de una declaración de nulidad. Aunque la nulidad de derecho público sea concebida como una acción de inexistencia (Bocksang 2017 pp. 18-19), no hay problema en que la misma Constitución o una norma de rango inferior (por mandato constitucional) limite el efecto retroactivo de la nulidad con la finalidad de resguardar la seguridad jurídica. Por ejemplo, se podría establecer un plazo de prescripción para acciones restitutorias o indemnizatorias, independiente de que solo estuvieron disponibles desde la declaración de nulidad; se podría entregar al juez la potestad de no dar lugar a ningún efecto retroactivo de la declaración de nulidad, es decir, que pueda declararla solo con efecto *ex nunc*; o bien, se podrían establecer reglas para la protección de situaciones jurídicas consolidadas (Bocksang 2019 pp. 431-432).

### La nulidad en el sistema de acciones contencioso-administrativas

La existencia de una acción de nulidad de derecho público imprescriptible no necesariamente debe verse como algo incompatible con la existencia de otras acciones contencioso-administrativas o la existencia de plazos de caducidad (Pierry 2017 p. 235-236). Nuestro sistema de justicia administrativa con frecuencia ha sido descrito como caótico y complicado. Sin embargo, también tiene una importante virtud: es flexible y robusto; pues existen múltiples mecanismos que un particular puede utilizar para proteger sus intereses y asegurar que la Administración se someta a derecho.

En este contexto, nada impide que, sin perjuicio de la existencia de una acción de nulidad de lato conocimiento imprescriptible sometida al procedimiento ordinario, existan otras vías de impugnación cuyo ejercicio esté sometido a breves plazos de caducidad o de prescripción. Mientras que unas acciones contencioso-administrativas pueden ser una alternativa para obtener un control rápido por parte del juez frente a vías de hecho o como instancia posterior a un procedimiento administrativo; una nulidad imprescriptible busca asegurar la supremacía constitucional y proteger a quienes no hayan podido ver tutelado sus derechos o intereses por otras vías (por ejemplo, los terceros afectados por la decisión de un procedimiento en el que no participaron o quienes se ven afectados por un acto de carácter reglamentario). Como complemento a lo anterior, se podría regular con más detalle la cosa juzgada entre los distintos tipos de acciones, para evitar multiplicar innecesariamente las instancias judiciales o que sean renovadas peticiones donde concurra la triple identidad, tal como se ha hecho ver (Ferrada 2020 pp. 225-229).

### **Conclusiones**

Esta ponencia ha mostrado que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público no necesariamente genera un atentado inaceptable a la certeza jurídica. Más bien, esta cualidad de la nulidad en derecho público es una pieza fundamental del Estado de Derecho y de la separación de poderes. Para evitar que

la imprescriptibilidad de esta acción termine lesionando la seguridad jurídica, es necesario limitar sus efectos retroactivos. Para esto, una eventual nueva constitución podría considerar distintos mecanismos: (1) establecer plazos de prescripción para las acciones derivadas de la nulidad pública; (2) permitirle al juez declarar la nulidad solo con efecto prospectivo cuando lo estime necesario; (3) dar protección a las denominadas “situaciones jurídicas consolidadas” en virtud de los actos declarados nulos.