

La expresión “Nulidad de Derecho Público” en el derecho chileno

The expression 'Public Law' annulment in the Chilean Law

Claudio Agüero San Juan^{1*}
Universidad Alberto Hurtado (Chile)
ORCID 0000-0002-7005-2979
caguero@uahurtado.cl

Recibido / received: 13/01/2017
Aceptado / accepted: 23/01/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3654>

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo presentar brevemente el significado de la expresión “Nulidad de Derecho Público”. Sostiene que esa expresión designa una argumentación dogmática y jurisprudencial idiosincrásica en el Derecho Administrativo chileno. Describe de forma simple su trayectoria y distingue cuatro versiones dogmáticas de ella. A continuación, analiza cómo el análisis de la trayectoria de una argumentación dogmática contribuye a la Teoría del Derecho realista.

Palabras clave

Nulidad de derecho público, formación extra-legislativa del derecho administrativo chileno, argumentos dogmáticos.

Abstract

This paper aims to make a brief presentation of the meaning of the expression 'Public Law annulment'. The paper argues that this locution designates an idiosyncratic dogmatic and jurisprudential argument in the Chilean Administrative Law. The paper describes his trajectory and distinguishes among four dogmatic versions of it. It then analyzes how an analysis of the trajectory of a dogmatic argument contributes to the realistic theory of law.

Keywords

Public Law annulment, administrative extralegal lawmaking, dogmatic argument.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El interés en la Nulidad de Derecho Público. 3. Cuatro versiones sobre la Nulidad de Derecho Público. 3.1. La versión de Bernaschina sobre la NDP (1949-1988). 3.2. La versión de Soto sobre la NDP (1988-2000). 3.3. La versión de Pierry sobre la NDP (2000-2003-2007). 3.4. La versión de Bermúdez sobre

^{1*} Este trabajo es resultado del proyecto de investigación FONDECYT n° 1161025 "Análisis diacrónico de los trabajos dogmáticos que formaron la Teoría Estándar de la Responsabilidad del Estado (1970-2015)" financiado por CONICYT. El texto Ha sido desarrollado en conjunto con María Beatriz Arriagada Cáceres y Álvaro Núñez Vaquero, quienes son co-investigadores del proyecto. Aunque la firma es individual y tenemos desacuerdos menores, el producto es un trabajo de reflexión conjunto.

la NDP (2007-2016). 4. La Nulidad de Derecho Público como un paso de formación extra-legislativa del derecho público.

1. Introducción

Solo es posible de encontrar la expresión "*Nulidad de Derecho Público*" (NDP) en discursos dogmáticos y judiciales del Derecho Administrativo chileno. Otras expresiones semejantes como, por ejemplo, "*Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público*" y "*Acción de Nulidad de Derecho Público*" tampoco se pueden hallar fuera de estos discursos. No hay legislación chilena (histórica o vigente) que use esta expresión (u otras semejantes). En otras palabras, no hay normas explícitas² que regulen aquello que se designa con estas expresiones, usando estas palabras u otras análogas. Todas estas expresiones son paquetes lexicales referenciales. Un paquete léxico es una expresión prefabricada de varias palabras - otros ejemplos de paquetes lexicales son: "*más allá de toda duda razonable*" y "*espíritu general de la legislación*". Los lingüistas distinguen tres tipos de paquetes léxicos. Dentro de ellos, los paquetes referenciales son lo que denotan directamente "entidades físicas o abstractas; o al mismo contexto textual, ya sea para identificar una entidad o para distinguir un atributo particular de la entidad como especialmente importante" (Biber, 2005, p. 19)³.

¿Qué entidad es la designada por la expresión "*Nulidad de Derecho Público*"? Si esta pregunta se entiende como una interrogante sobre cuál es la entidad, institución, relación jurídica o concepto del derecho chileno que es nombrado con la expresión, una respuesta sencilla es la siguiente: la expresión "*Nulidad de Derecho Público*" designa un conjunto de normas implícitas del derecho administrativo chileno que reglan el control de la legalidad de los actos de la administración y, más específicamente, ella designa un procedimiento anulatorio que es general y subsidiario, y que se asocia regularmente a una reclamación indemnizatoria sobre los daños causados por el acto anulado.

En este sentido, en el Derecho Administrativo chileno la expresión "*Nulidad de Derecho Público*" nomina un conjunto de normas implícitas formuladas por la dogmática y/o la jurisprudencia. La argumentación de juristas y jueces tomó como punto de partida la disposición del artículo 7 de la Constitución chilena y formuló una interpretación correctora de esta disposición buscando responder cuatro preguntas básicas: a) ¿Cuál es el estatus de la disposición constitucional?, b) ¿Cuál es el tipo de sanción asociada a la infracción de la norma atribuida a la disposición constitucional?, c) ¿Qué características o consecuencias se derivan de la sanción a la infracción de la disposición constitucional? y, d) ¿Cómo hace efectiva la sanción quien ha sido afectado por la infracción de la disposición constitucional?

La expresión "*Nulidad de Derecho Público*" así definida puede ser traducida al lenguaje dogmático y legislativo de otros ordenamientos jurídicos. Para ello es necesaria la noción de "*control de la invalidez de los actos de la administración*" (vid. Doménech, 1999).

Si, en cambio, la pregunta ¿qué entidad es la designada por la expresión "*Nulidad de Derecho Público*"? es entendida como un cuestionamiento sobre qué

² Uso el concepto de normas explícita de Guastini (1995).

³ Desde el punto de vista puramente lingüístico, podría discutirse si estas locuciones podrían tratarse como nombres (sustantivos) comunes o propios. Agradezco a Rodrigo Coloma Correa y a Alejandro Calzetta esta observación.

proceso discursivo es nombrado con la expresión, la respuesta difiere de la anterior. Los juristas, jueces y abogados chilenos usan el paquete léxico "*Teoría de la Nulidad de Derecho Público*" para referirse, por metonimia, a los desacuerdos que se produjeron (y se producen) entre juristas que defienden diversos modo de justificar la argumentación sobre la sanción a los actos inválidos.

Hay, finalmente, un tercer significado de la expresión "*Nulidad de Derecho Público*". En este sentido, también por metonimia, la expresión se ha usado para hablar de una "*teoría dogmática*" que a lo largo del tiempo se ha asentado y estandarizado mediante sucesivas contribuciones dogmáticas y jurisprudenciales⁴. Aunque los juristas chilenos usa la palabra "*teoría*" para hablar de este significado, en lo que sigue uso la expresión '*argumentación*' para evitar la carga emotiva de la palabra "*teoría*".

Es posible reconocer no menos de cuatro versiones diferentes de la argumentación sobre la "*Nulidad de Derecho Público*"⁵.

- a) Una posición puramente dogmática sobre la nulidad de los actos administrativos que es construida como un conjunto de normas implícitas a partir de una interpretación correctora del texto constitucional chileno de 1925. Por simplicidad, llamo a esta argumentación "*la versión de Bernaschina de la NDP*"⁶.
- b) Una argumentación dogmática y/o jurisprudencial sobre una acción constitucional que reclama la nulidad de un acto administrativo y la reparación de los daños causados por él, que es construida como un conjunto de normas implícitas a partir de una interpretación correctora del texto constitucional chileno de 1980. Por simplicidad, llamo a esta argumentación "*la versión de Soto de la NDP*".
- c) Una argumentación dogmática y/o jurisprudencial sobre una acción constitucional que reclama la nulidad de un acto administrativo (construida de modo idéntico que la anterior) y una acción civil que es complementaria y que reclama la indemnización de los daños causados por el acto impugnado. Llamo a esta argumentación "*la versión de Pierry de la NDP*".
- d) Una argumentación dogmática y/o jurisprudencial sobre una acción contencioso administrativa sobre la nulidad de un acto administrativo (que es construida como norma implícita a partir de una interpretación correctora del texto constitucional) y sobre dos acciones civiles alegables de modo disyuntivo: una acción declarativa (no-patrimonial) de nulidad y una acción que reclama derechos patrimoniales (la indemnización de los daños causados por el acto impugnado). Llamo a esta argumentación "*la versión de Bermúdez de la NDP*".

En las páginas que siguen primero me aboco a justificar el interés que tiene el estudio de la argumentación designada como "*Nulidad de Derecho Público*". Después, trato los rasgos centrales de cada una de las cuatro versiones que se han sucedido en el derecho chileno reciente. Finalmente, a modo de conclusión, fijo los principales rasgos que hacen interesante estudiar la NDP en tanto ejemplo de las

⁴ Uso la expresión "teoría" en un sentido débil. "Teoría" es un discurso dogmático y/o jurisprudencial que argumenta a favor de un código hermenéutico y de un conjunto de conceptos o expresiones dogmáticas o jurisprudenciales para interpretar un cierto conjunto de disposiciones. Un ejemplo de este uso del término "teoría" es el título del artículo de Bernaschina: "Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas" (1949).

⁵ Versiones adicionales de la NDP pueden identificarse, por ejemplo, en las obras de Silva (1995), Jara (2004) y Bocksang (2006). Sobre el trabajo de Silva véase Agüero (2017b).

⁶ El nombre de cada argumentación usa el apellido paterno del jurista que es más representativo de la posición descrita.

operaciones de los juristas y jueces realizan para resolver problemas en un sector poco legislado de un ordenamiento jurídico específico.

2. El interés en la Nulidad de Derecho Público

Responder esta pregunta exige considerar razones de diverso tipo. Estas razones pueden organizarse en tres niveles: i) ideológicas, ii) teóricas y iii) dogmáticas. En el nivel ideológico, la NDP es interesante para develar los intereses que están detrás la experiencia jurídica, es decir, detrás del proceso de creación, uso, modificación y supresión del derecho legislado por obra de la doctrina y la jurisprudencia. En este nivel hay al menos dos razones ideológicas subyacentes a la mayoría de los casos de NDP. La primera razón es la necesidad económica de evitar cuantiosas transferencias de bienes desde el Estado a los particulares, en razón de decisiones judiciales desfavorables al primero⁷. La segunda razón, vinculada estrechamente con la anterior, es la necesidad de la institucionalidad estatal en orden a clausurar las reclamaciones de los particulares en razón de actos ilegales del Estado que les han afectado en sus derechos.

En el nivel teórico, la NDP y las sentencias relativas a ella son interesantes, porque reflejan una epistemología dominante en los operadores jurídicos. Con epistemología me refiero a un punto de vista (o una actitud) de los jueces y juristas chilenos en relación a la experiencia jurídica. En este sentido, los discursos dogmáticos y las sentencias sobre la NDP son buenos ejemplos de la instanciación de ciertas concepciones teórico-generales sobre el funcionamiento del ordenamiento jurídico, sobre el uso de ciertos conceptos jurídicos y sobre el modo en que estos operadores han recepcionado teorías jurídicas foráneas que ↓según creo↓ son extensibles por analogía a otros sectores del derecho y al trabajo de los operadores en otros ordenamientos.

En el nivel dogmático la NDP es interesante, porque muestra cómo los juristas y jueces chilenos hicieron frente a un caso no expresamente regulado por la legislación. La NDP también muestra cómo ellos han creado sucesivas versiones de la argumentación que justifica la aplicación de un determinado tipo de solución para ese caso. En este sentido, la NDP permite reconstruir con claridad el código hermenéutico que los juristas y jueces han usado para crear y resolver lagunas en el Derecho Administrativo chileno. Además, la reconstrucción diacrónica de la argumentación dogmática y del influjo recíproco con la jurisprudencia permite observar la expresión idiosincrásica de procesos socio-jurídicos, como la constitucionalización de un ordenamiento.

3. Cuatro versiones sobre la Nulidad de Derecho Público

En la historia del Derecho Administrativo chileno, durante el siglo XX, son cuatro los principales hitos en relación al desarrollo de la argumentación en cuestión. Cada uno de estos hitos es la publicación de un texto dogmático y/o la dictación de una sentencia por la Corte Suprema de Justicia. Por razones de simetría analizo cada una de las posiciones usando un mismo conjunto de cinco criterios.

3.1. La versión de Bernaschina sobre la NDP (1949-1988)

El primer hito ocurre en 1949. Ese año Mario Bernaschina González publica el texto

⁷ Es importante constatar en este punto el hecho de que muchos de los casos fallados y resueltos durante la década de los noventa y durante los primeros años de este siglo eran reclamaciones de víctimas del Estado por violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura del General Augusto Pinochet.

que es, a juicio de los dogmáticos chilenos, el primer texto que trata la NDP⁸. La posición de Bernaschina puede resumirse en cinco puntos: a) El modelo de constitución que usa el autor es el modelo descriptivo de la constitución como norma (expresión y clasificación siguiendo el criterio de Comanducci, 2007); b) la interpretación constitucional no es cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la constitución fija una nulidad genérica en relación a la nulidad administrativa; d) la nulidad que fija la Constitución opera *ab initio*; y e) la nulidad permite al ciudadano desobedecer.

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario liberal, pues pretende responsabilizar a la Administración por su actuar. Esta ideología se expresa en un código hermenéutico (en el sentido de Chiassoni, 2011)⁹ que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) No supone la constancia terminológica entre el texto constitucional y el lenguaje del legislador, por ejemplo, del Código Civil y, al mismo tiempo, sí supone cierta unidad conceptual subyacente a las normas expresadas en esos textos; b) no recurre a principios ni supone una tesis sobre la existencia de una diferencia cualitativa de la interpretación constitucional para fundar su argumentación; c) usar directivas de primer y segundo orden para hacer coherentes varias expresiones constitucionales de artículos y materias diferentes, y así sustentar la tesis que afirma que la nulidad del acto implica el derecho a desobedecerlo; d) reconoce que su argumentación es una formulación puramente académica (*i.e.* un ejercicio de interpretación correctora), porque a la época de su formulación en Chile no existían los tribunales contencioso-administrativos¹⁰.

3.2. La versión de Soto sobre la NDP (1988-2000)

En 1988, y luego en 1990 y 1992, Eduardo Soto Kloss publicó su posición doctrinaria sobre la NDP¹¹. Dicha posición que fue apoyada y complementada por juristas como Gustavo Fiamma y Hugo Caldera e Iván Aróstica, entre otros. La argumentación ha sido llamada "*la posición de la Universidad de Chile*", en razón de que sus impulsores eran profesores de esa universidad a principios de la década de los noventa, y puede resumirse en cinco puntos: a) El modelo de constitución que

⁸ No tengo información sobre el uso de esta expresión antes del trabajo de Bernaschina. Creo que es arriesgado sostener que Bernaschina inventó la expresión "*Nulidad de Derecho Público*", porque desde principios del siglo XX circula en Chile una expresión semejante: "*nulidades de orden público*". Esta expresión, más antigua que la estudiada aquí, está en relación a una clasificación dogmática de las nulidades según el tipo de ley en que están sancionadas. Se distinguía entre nulidades de orden privado, si ellas eran consagradas en leyes de orden privado, y nulidades de orden público, si ellas estaban establecidas en leyes de orden público. Esta antigua clasificación la usa, por ejemplo, Urrutia (1928, p. 106).

⁹ Sobre el código hermenéutico de esta versión de la NDP véase Agüero (2017a).

¹⁰ Esta afirmación exige una explicación histórica. La Constitución de 1925 fijó un artículo que encomendaba al legislador la creación de tribunales contencioso-administrativos. Ellos no fueron creados durante la vigencia de esa constitución ↓interrumpida por el Golpe Militar del 11 de septiembre de 1973. El texto en cuestión fue recogido en la Constitución de 1980 y estuvo vigente hasta que la reforma constitucional de 1989 lo eliminó. Los tribunales nunca fueron creados. Lo interesante es que los tribunales ordinarios usaron el texto en cuestión como un argumento para declarar su incompetencia frente las demandas de los particulares en contra del Estado. La razón esgrimida era que, mientras no se creasen esos tribunales especiales, el constituyente había sustraído esos asuntos de la competencia del Poder Judicial. El efecto práctico fue la irresponsabilidad de la Administración y la indefensión de los ciudadanos entre 1925 y 1989. Paradojalmente, las Leyes de Municipalidades vigentes desde diciembre de 1925 (D.L. 740, posteriormente la Ley N° 11.860) permitieron a los ciudadanos reclamar de la ilegalidad de los actos del municipio. Hoy esa norma está vigente en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695.

¹¹ Podrían reconocerse dos o más versiones de la NDP en la obra de Soto. Las he reunido como una sola por razones de simplicidad expositiva (Soto, 1988; 1990; 1991-1992).

usa el autor es el modelo axiológico de la constitución como norma; b) la interpretación constitucional es, según este modelo, cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la constitución fija una nulidad diferente de las nulidades administrativas en virtud de la noción de supremacía constitucional; d) la nulidad que fija la Constitución opera *ab initio e ipso iure*, es insaneable e imprescriptible; e) la nulidad permite al ciudadano desobedecer¹².

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario neoliberal (Pantoja, 1994). Soto, además, funda explícitamente su posición en la moral crítica del catolicismo romano. Soto apoya al gobierno dictatorial del General Pinochet y considera legítima la Constitución de 1980¹³. Por estos compromisos ideológicos y en el marco del inicio de la transición a la democracia, Soto recupera la idea de Bernaschina y la modifica con el propósito de argüir en contra de los posibles actos administrativos del primer gobierno democrático que sucediese a Pinochet¹⁴. Por ello, esta versión de la NDP es una acción constitucional pensada como un modo evitar la modificación de las instituciones y cargas impuestas por la dictadura por medio del litigio contencioso-administrativo¹⁵.

La ideología de Soto se expresa en un código hermenéutico¹⁶ que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) No supone la constancia terminológica entre el texto constitucional y el lenguaje del legislador por ejemplo, del Código Civil, y tampoco supone cierta unidad conceptual subyacente a las normas expresadas en esos textos; b) recurre a principios y tesis sobre la existencia de una diferencia cualitativa de la interpretación constitucional, que funda en una interpretación teleológica del texto constitucional; c) usa directivas de primer y segundo orden para hacer coherentes varias expresiones constitucionales de artículos y materias diferentes, y así sustentar la tesis que afirma que la nulidad del acto implica el derecho a desobedecerlo¹⁷; d) no se reconoce como una tesis puramente académica *i.e.* como un ejercicio de interpretación correctora. A contrario, pretende justificarse como la "*única interpretación correcta*".

¹² La desobediencia es afirmada por el autor en el primer texto que publicó sobre el asunto. En los textos posteriores el autor modificó su posición.

¹³ Eduardo Soto Kloss fue designado abogado integrante del Tribunal Constitucional y fue nombrado profesor de la Universidad de Chile (intervenida por los militares) durante la dictadura.

¹⁴ En 1986 entra en vigor la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Ella señala: "Artículo 2°. Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

Art. 4. El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

¹⁵ Paradojalmente, en la práctica, la argumentación se usó también para impugnar los actos de la dictadura y reclamar indemnizaciones por los daños causados.

¹⁶ En adelante uso la expresión en el sentido de CHIASSONI (2011). Sobre el código hermenéutico de esta versión de la NDP ver AGÜERO (2017a).

¹⁷ Aquí Soto, por un lado, sigue a Bernaschina. Sin embargo, complejiza la justificación de su interpretación usando argumentos históricos sobre el texto constitucional y argumentos originalistas sobre el propósito del constituyente al fijar el texto.

3.3. La versión de Pierry sobre la NDP (2000-2003-2007)

La posición "de la Universidad de Chile" es controvertida por juristas como Pedro Pierry Arrau durante la década de los noventa. No me es claro si existió un desacuerdo entre dos posiciones dogmáticas enfrentadas o simplemente se trató de un diálogo de sordos. A finales de siglo se dictaron sentencias favorables a la posición de Pierry. En el año 2000, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en el caso "Aedo con Fisco", donde fijó como *ratio decidendi* una versión más sofisticada que la originalmente formulada por Pierry, aunque por razones de nominación se le atribuye a él la formulación.

Esta versión de la NDP puede resumirse en cinco puntos¹⁸: a) El modelo de constitución que usa el autor es el modelo axiológico de la constitución como norma; b) la interpretación constitucional es cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la Constitución fija una nulidad que es diferente de las nulidades administrativas; d) la nulidad que fija la Constitución puede tener las cualidades atribuidas por la versión de Soto, pero ella es disociada de sus consecuencias la Corte sostuvo que las consecuencias del acto nulo configuraban una acción civil patrimonial prescriptible según las reglas civiles generales¹⁹; y e) la tesis no permite al ciudadano desobedecer.

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario liberal, pero este ideario es limitado por un razonamiento consecuencialista implícito: la indemnización a las víctimas de la dictadura es económicamente imposible. Estos compromisos se expresan en un código hermenéutico que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) La interpretación constitucional que construye la acción de nulidad es cualitativamente diferente de la interpretación legal; b) se distingue la declaración de nulidad de la determinación de las consecuencias del acto ilegal; c) la nulidad se rige por normas de derecho público y las consecuencias por normas de derecho civil; y d) las normas civiles sobre prescripción son aplicables a la acción patrimonial derivada de la nulidad.

3.4. La versión de Bermúdez sobre la NDP (2007-2016)

La posición de Pedro Pierry y de la Corte Suprema en el caso "Aedo con Fisco" es la formulación estándar sobre la NDP en los casos fallados desde esa fecha hasta hoy por la Corte Suprema. Durante los primeros quince años de este siglo se han producido dos modificaciones parciales que no trato con detalles aquí²⁰.

¹⁸ Esta es una síntesis que impide observar que podrían reconocerse dos modos de entender la versión de Pierry de la NDP. Un primer modo antes de 2003 y un segundo modo entre 2003 y 2007. Fijar el hito en el año 2003 se debe a la dictación de la Ley n° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado. En ella se fijan, por primera vez, una definición de acto administrativo, la presunción de legalidad imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, su ejecución de oficio y la potestad invalidatoria de la Administración.

¹⁹ Esta idea de disociar dos acciones, la acción de nulidad de derecho público y una acción civil complementaria de naturaleza patrimonial, parece ser más antigua. No he podido encontrar las fuentes bibliográficas exactas que prueben la trayectoria de la disociación, pues ellas se han perdido en las hemerotecas chilenas que se deshacen de las revistas antiguas por falta de espacio. Provisionalmente sospecho que ella se debe a Álvaro Troncoso Larronde (1990), quien resolvió el caso "Jorquera Brito con Secretario General Ministerial VIII con Municipalidad de Penco". Agradezco a Valentina Paz Vargas Sepúlveda sus esfuerzos para reconstruir este punto.

²⁰ Tal como señala Bermúdez, "la distinción entre nulidad, anulabilidad y vicio no invalidante es propia del Derecho comparado y ha tenido poca acogida en el Derecho chileno" (2014, p. 163). Esta es una razón que explica por qué el sistema jurídico chileno tiene este modo de funcionar en este punto.

La versión de Bermúdez puede resumirse en cinco puntos: a) El modelo de constitución que usa el autor es el modelo axiológico de la constitución como norma; b) la interpretación constitucional es, según este modelo, cualitativamente diferente de la interpretación de la ley; c) la constitución fija una nulidad sólo parcialmente diferente de las nulidades administrativas en virtud de la noción de supremacía constitucional; d) la nulidad que fija la Constitución es *ab initio* e *ipso iure*; y e) la nulidad no permite al ciudadano desobedecer.

Buena parte de la formulación de Bermúdez se debe a la promulgación de legislación administrativa, ya he mencionado la Ley n° 19.880, a la dictación sentencias judiciales y de dictámenes de la Contraloría General de la República sobre tales disposiciones legales. Estos cambios en el derecho chileno permiten que su versión de la NDP es más detallada que las anteriores.

La primera modificación parcial se produjo en el caso "*Eyzaguirre con Fisco*", en el año 2007 (Sentencia Rol n° 1.203-2006). En ese fallo la Corte introdujo la distinción dogmática entre las acciones declarativas y las de plena jurisdicción. Esta diferenciación permitió distinguir dos "*modalidades de la nulidad de derecho público*": la NDP que solo exige la declaración de ilegalidad sin una pretensión patrimonial y la NDP que tiene pretensiones patrimoniales. La primera es una acción declarativa e imprescriptible. La segunda, en cambio, es una acción de plena jurisdicción, cuya pretensión patrimonial es prescriptible²¹.

Ahora bien, la dogmática interpretó el fallo como un intento por superar la distinción entre la nulidad y sus consecuencias que fuese formulada en "*Aedo con Fisco*". De hecho, puede leerse en la obra de Bermúdez:

"Pretensión puramente de legalidad: es decir, lo que se persigue es la nulidad del acto administrativo, sin una pretensión patrimonial expresa o encubierta. Aquí se entiende, hasta ahora, que la nulidad es imprescriptible.

Pretensión de legalidad que da lugar a la indemnización de perjuicios o a la declaración de un derecho: en este caso *la acción* prescribe de acuerdo con las reglas generales de prescripción, es decir se aplican las reglas del Código Civil" (Bermúdez, 2014, p.562, *cursiva propia*)²².

A mi juicio, se produjo una segunda modificación parcial de esta versión de la NDP a partir del caso "*Vio con Fisco*", fallado el 23 de junio del año 2016 (Sentencia Rol n° 18.297-2016). En ese caso la Corte declaró que, en los casos en que la acción civil tiene un contenido patrimonial, la prescripción de la pretensión indemnizatoria (acción civil complementaria) se comunica con la acción de nulidad de derecho público y, entonces, la nulidad misma prescribía conforme a las reglas civiles. Para ello la Corte argumentó en torno a la seguridad jurídica como valor jurídico fundamental del sistema jurídico. Todavía no es claro el impacto que tendrá este fallo. Una razón para dudar de la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* es que no se trata de un caso típico de NDP. La acción trata sobre la reclamación de un extranjero en relación a la decisión de no autorizarlo para ejercer como abogado en Chile. Conforme a la legislación chilena, esa decisión la resuelve la Corte por acuerdo del pleno de sus integrantes. El afectado por la decisión decidió entonces

²¹ La distinción de acciones, según la doctrina, también afecta a la legitimación activa de la acción. Si se demanda la nulidad sin interés patrimonial es legitimado cualquier persona que tenga interés. Si, en cambio, se demanda la nulidad con un interés patrimonial es legitimado el titular de un derecho subjetivo o quien cuente con un interés legítimo (Bermúdez, 2014, p. 563).

²² Quiero destacar que el autor hace referencia a una sola acción y no ha dos como era la tesis de "*Aedo con Fisco*", con lo que parece sugerir que la nulidad misma prescribe según las reglas civiles.

solicitar la nulidad de derecho público junto a otras acciones subsidiarias y, luego de todas las instancias, la misma corte (una sala de ella para ser precisos) conoce del caso por medio de un recurso de casación.

La interpretación de la constitución en esta versión de la NDP se justifica a partir de la adhesión al ideario liberal-consecuencialista, pues pretende responsabilizar a la Administración por su actuar en la medida de lo posible. Esta ideología se expresa en un código hermenéutico que se caracteriza resumidamente por cuatro rasgos: a) La interpretación constitucional que construye la acción de nulidad no es cualitativamente diferente de la interpretación legal; b) la nulidad fijada en el texto constitucional no es una acción constitucional cualitativamente diferente de otras acciones legales de derecho administrativo, sino que se trata de un contencioso-administrativo general y supletorio; c) la NDP se rige por normas del derecho administrativo y las consecuencias por normas de Derecho Civil; y d) las normas civiles sobre prescripción son aplicables a la nulidad si ella tiene un interés patrimonial.

4. La Nulidad de Derecho Público como un paso de formación extra-legislativa del derecho público

Desde el punto de vista externo, la trayectoria de la argumentación sobre la NDP es un buen ejemplo de la formulación de una laguna axiológica, y de los sucesivos intentos dogmáticos y jurisprudenciales por completarla. Como es claro, desde el punto de vista interno, la misma trayectoria puede considerarse como un ejemplo de cómo se formula y completa una laguna normativa²³.

¿Cuál es la utilidad de analizar la trayectoria de la NDP en el Derecho Administrativo chileno para una Teoría del Derecho realista? La trayectoria histórica de la NDP nos suministra información útil sobre la creación del Derecho Público chileno por fuentes distintas al legislador. Esta información puede usarse (por analogía parcial) para observar fenómenos similares en otros sistemas jurídicos semejantes²⁴. En este sentido, el análisis de la NDP permite describir y modelar el funcionamiento del sistema jurídico chileno. Esta descripción implica conocer:

- Los modelos de constitución y el código hermenéutico constitucional que están en juego en cada una de las versiones de la NDP.
- Los enunciados de crítica del sistema jurídico (filosofía política, ideología y/o política del derecho) que fueron usados en cada versión de la NDP para justificar la necesidad de formular una interpretación correctora de la constitución.
- Los enunciados interpretativos que fueron usados en cada versión de la NDP, para sustentar una interpretación correctora de la constitución que permitiese crear y resolver la laguna axiológica.
- El modo en que las formulaciones de la dogmática son consideradas como

²³ La dualidad de puntos de vista sobre las lagunas es afirmada por Guastini, diciendo: "A veces se habla como si las lagunas axiológicas dependiesen de las valoraciones de los intérpretes, mientras que las lagunas normativas serían algo así como propiedades "objetivas" del derecho. De hecho, no es así. Si es verdad que no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación, se sigue que una cierta laguna puede ser considerada normativa o axiológica desde puntos de vistas interpretativos distintos. Pero esto quiere decir que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica" (2006, p. 286).

²⁴ Como es obvio, la perspectiva desde la que se realiza el trabajo y se formulan las conclusiones es fuertemente influida por Tarello.

- “derecho vigente y vinculante” por otros dogmáticos y por los jueces.
- El modo en que las sentencias sobre la NDP son consideradas “precedentes” i.e. son comprendidas como decisiones vinculantes por la dogmática y por los jueces.
- Cómo el sistema jurídico chileno (obra de legisladores, juristas y jueces) ajustó tres niveles normativos superpuestos: el texto constitucional dice T, los juristas interpretan estas disposiciones atribuyendo N a estas disposiciones y luego los jueces fallan N_1 . Con el paso del tiempo y la presentación de nuevos casos, los juristas modifican o complementan su argumentación y afirman $N_{1\pm n}$. Entonces, los jueces resuelven $(N_{1n})_{\pm 1}$, y así sucesivamente.
- Cómo el trabajo de jueces y juristas ha generado desacuerdos y consensos sobre cuál es la solución jurídicamente justificada para los casos de actos administrativos ilegales.
- La trayectoria de la argumentación sobre la NDP, en tanto trayectoria de la “interpretación vigente” (Ross, 1958, p. 108), muestra un fragmento del proceso de constitucionalización del derecho chileno.

Bibliografía

- AGÜERO SAN JUAN, C. (2017a), “Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Primera parte: la versión de Mario Bernaschina”, *Ius et Praxis* (en prensa).
- AGÜERO SAN JUAN, C. (2017b), “Cuatro versiones de la Nulidad de Derecho Público. Segunda parte: las versiones de Soto, Pierry y Silva”, *Ius et Praxis* (en prensa).
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2008), “El principio de legalidad y la nulidad de derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 70, pp. 273-285.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2010), “Estado actual de control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol.23, no.1, pp.103-123.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2012), *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing, Santiago.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014), *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago de Chile.
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, M. (1949), “Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas”, *Boletín del seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Año XVIII, Cuarto Trimestre, nº 45-48, pp. 549-559.
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, M. (1955), *Constitución política y leyes complementarias. segunda edición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- BOCKSANG HOLA, G. (2006), “De la nulidad de derecho público como inexistencia”, *Ius Publicum*, nº 16, pp- 91-116.
- BIBER, D. (2005), “Paquetes léxicos en textos de estudio universitario: Variación entre disciplinas académicas”, *Revista signos*, vol. 38, n. 57, pp.19-29. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09342005000100002 (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2016).
- CHIASSONI, P. (2011), *Técnicas e interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Barcelona.

- COMANDUCCI, P. (2007): "Constitución y teoría del derecho". En: COMANDUCCI, R., *Constitución y teoría del derecho*, Ciudad de México, Distribuciones Fontamara, p. 37-110.
- DOMÉNECH, G. (1999), "Validez de los reglamentos administrativos dictados al amparo de una ley anulada", *Revista General de Derecho*, n° 657, pp. 7137-7164.
- GUASTINI, R. (1995), "Normas Supremas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 17-18, pp. 257-270.
- GUASTINI, R. (2006), "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación", *Análisis filosófico*, vol. 26, n° 2, pp. 277-293.
- JARA SCHNETTLER, J. (2004), *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago de Chile.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (1994), *El derecho administrativo: clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- PIERRY ARRAU, P. (1993-1994), "Nulidad en el Derecho Administrativo" (Conferencia), *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XV, pp. 79-100.
- ROSS, A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens, London.
- SILVA CIMMA, E. (1995), *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos Contratos y Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- SOTO KLOSS, E. (1988), "La invalidación de los actos administrativos en el Derecho Chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXXV, pp. 157-167.
- SOTO KLOSS, E. (1990), "La nulidad de derecho público en el derecho chileno". Charla inaugural de las XXI Jornadas de Derecho Público (Aula Magna de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile), miércoles 21 de noviembre de 1990. Publicada en la *Revista de Derecho Público*, n° 47-48, p. 11-25.
- SOTO KLOSS, E. (1991-1992), "La nulidad de derecho Público referida a los actos de la legislación", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, pp. 417-431.
- URRUTIA SALA, M. (1928), *Nulidades procesales*. Tesis de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad de Chile. Imprenta y Encuadernación Víctor Silva, Santiago de Chile.
- TRONCOSO LARRONDE, A. (1990), "Jorquera Brito con Secretario General Ministerial VIII con Municipalidad de Penco", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 87, 2.5, pp. 190-198.