

NUEVAS RESTRICCIONES A LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO COMO PROCESO ADMINISTRATIVO: UNA JURISPRUDENCIA INTERESANTE, PERO INCONSISTENTE¹

Juan Carlos Ferrada ²

I. Antecedentes generales

El 22 de junio de 2009, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia (en adelante Corte o Corte Suprema, indistintamente) dictó sentencia definitiva en la causa rol N° 5553-2007, caratulada “*Sky Service S.A. con Fisco de Chile*”, en materia de nulidad de derecho público. En lo sustancial, dicho fallo viene a rechazar la demanda presentada por la empresa aeronáutica nacional, sobre la base de una falta de legitimación de ésta para iniciar la acción en esta materia, atendido la inexistencia de un derecho o interés legítimo de la actora en el resultado del juicio, existiendo solo *una mera expectativa*.

Con esta sentencia, la Corte solo viene a confirmar un criterio que venía sosteniendo en los últimos años y que se había expresado en las sentencias roles N°s 2377-2005, 1720-2006, 3011-2006 y 1428-2007, en todas las cuales se rechazan las demandas interpuestas por los actores, fundado en la falta de legitimación activa de éstos. Ahora bien, esta falta de legitimación activa estaría establecida, según la Corte, en la ausencia de derecho o interés legítimo del actor, sin perjuicio que en todos estos casos los demandantes tenían una relación directa con el asunto discutido y la sentencia judicial afectaba sus derechos, bienes o patrimonio.

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt N° 1030311 (2010-2011), del que el autor es investigador principal.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente es profesor de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: juancarlos.ferrada@uv.cl

Así, por ejemplo, es evidente que la nulidad de derecho público del convenio entre Chile y Alemania para la reinserción de los exiliados retornados al país, promulgado por D.S. N° 1171/1993, demandada precisamente por un grupo de personas beneficiadas por este convenio (rol 2377-2005), o la misma nulidad invocada por parte de la I. Municipalidad de Con-Con y la Junta de Vecinos de Bosques de Montemar, respecto de acuerdos de la I. Municipalidad de Viña del Mar que autorizaban la enajenación de terrenos destinados a equipamiento y que actualmente pertenecerían a aquella municipalidad y aledaños a estos vecinos, son procesos en los que los demandantes tienen directa relación con los actos administrativos impugnados y con los resultados del pleito, pero no obstante en ambos, la Corte Suprema rechaza las demandas interpuestas, entre otras razones, por falta de legitimación activa de los actores. Es decir, a juicio de nuestra Corte, a pesar de tener los actores relación directa con los actos impugnados y los efectos de la sentencia, ellos carecen de la titularidad jurídica para impugnar ese acto, por falta de derecho o interés comprometido.

Lo anterior parece bastante curioso, ya que si se toman como referencia procesos de impugnación de actos administrativos de derecho comparado, como el español o el francés, se aprecia una amplia legitimación para demandar la nulidad de aquellos y, sorprendentemente, sobre la base de las mismas categorías jurídicas (titularidad de derechos o intereses). Así, en el derecho español por ejemplo, se entiende que está legitimado activamente para demandar la nulidad de un acto administrativo el particular interesado en una licitación pública, aun cuando - y tómesese nota de ello- no haya participado en la licitación misma³. Lo mismo ocurre en el derecho francés, donde el Consejo de Estado ha reconocido legitimación activa a un ex combatiente para impugnar un acto de la Administración que pretendía ampliar el concepto de *ex combattente* -lo que en principio, no lo perjudicaba directamente- o de un hotelero para impugnar la decisión del Ministro de Educación fijando las vacaciones escolares, afectando con ello la actividad turística⁴.

En este contexto, es evidente que el concepto de *derecho* e *interés* -y principalmente este último- que utiliza nuestra Corte Suprema es diferente del utili-

3 Ver, en este sentido, Parejo, Luciano, "Lecciones de Derecho Administrativo" (Tirant Lo Blanch) 2008, 574.

4 Vedel, Georges, "Derecho Administrativo" (Biblioteca Jurídica Aguilar) 1980, 473-475.

zado en el derecho comparado de referencia, restringiendo severamente la operatividad de la nulidad de derecho público como proceso administrativo ordinario de impugnación de los actos administrativos. Así, es indispensable determinar en primer lugar, cuál es el concepto que maneja la Corte Suprema en esta materia y, en segundo lugar, qué alcances tiene ello para el sistema de control de la actividad administrativa y la protección de los derechos de los particulares frente a la actividad estatal. A estas dos cuestiones dedicaremos las páginas que siguen.

II. La legitimación activa en los procesos administrativos

Como se sabe, la legitimación activa es un concepto procesal muy complejo, pero cuya sustancia se puede identificar con la aptitud para ser demandante en un proceso determinado⁵. Es decir, se trata que el actor tenga una relación con el objeto del litigio, independientemente que el juez en la sentencia definitiva reconozca o no el derecho material demandado por el actor.

En el fondo, se trata de reconocer en ciertas personas la titularidad para iniciar un proceso, asumiendo con ello que no todos los ciudadanos gozan de esa titularidad en todos los casos. Así, por ejemplo, no cualquier persona podrá demandar la nulidad de un contrato de compraventa celebrado entre dos personas, sino solo -en palabras de nuestro Código Civil- aquellos que tienen interés actual en ello. Tampoco podrá demandar el divorcio de los cónyuges cualquier persona, sino solo los contrayentes del vínculo matrimonial. Por último, en principio, tampoco podría un tercero presentar un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, pidiendo el amparo del derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia de un particular, salvo que lo haga en nombre de éste, cuestión que en todo caso dependerá en último término de la voluntad del mismo.

Pues bien, en el ámbito contencioso administrativo, o simplemente administrativo, tampoco están habilitadas todas las personas para impugnar un acto administrativo cualquiera, sino solo aquellas personas que tienen una especial relación con éste. Así, en el derecho comparado, se ha reconocido esa habilitación o titularidad a los que poseen un derecho subjetivo, un interés

5 González, Jesús, “Manual de Derecho Procesal Administrativo” (Civitas) 2001, 176.

legítimo o un interés simplemente. Excepcionalmente, se les ha reconocido esa titularidad a todas las personas -acción popular- en procesos cuyo interés general o público lo exige, declaración que hace el legislador expresamente, en la medida que constituye una excepción calificada en el sistema jurídico. En nuestro derecho, la regla general en materia administrativa está dada por el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República (en adelante la Constitución), que señala, como se sabe, que cualquier persona que haya sido *lesionada en sus derechos* por la Administración del Estado, puede demandar ante los tribunales que determine la ley. En otras palabras, la condición o requisito indispensable que ha puesto el constituyente para incoar una acción judicial en contra del Estado, es la existencia de *lesión en un derecho*, reiterando de alguna forma la fórmula general de protección jurisdiccional de los derechos de los particulares o reconocimiento del derecho de acción, establecido en el artículo 19 N°3 de la misma Constitución⁶.

Esta fórmula, utilizada por el constituyente de 1980, es similar a la contenida en la Ley Fundamental de Bonn en el artículo 19.4, que señala que “*toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial*”. Ahora bien, esto, por un lado, descarta inmediatamente el reconocimiento de una acción popular en materia administrativa en términos generales, salvo las habilitaciones o reconocimientos de este tipo de acción que haga expresamente el propio legislador. Por otro, califica la titularidad de la acción a la existencia de un *derecho lesionado*, concepto complejo que requiere algunas precisiones.

En principio, del texto constitucional uno podría inferir que los únicos legitimados para interponer una acción judicial en Chile son los titulares de derechos subjetivos en sentido estricto, excluyendo cualquier otra posición jurídica material, incluidos los intereses. Esto sería consistente con el texto constitucional y seguiría, en cierto modo, la interpretación estricta que ha hecho la doctrina alemana de la vulneración de derechos en base al artículo 19.4 ya citado⁷. Ello llevaría a que en el ámbito del proceso administrativo, los

6 Bordalí, Andrés y Ferrada, Juan Carlos, “*Estudios de Justicia Administrativa*” (Lexis Nexis) 2008, 138 y ss.

7 Blanke, Hermann-Josef, “La legitimación procesal: Ilustrado en el derecho alemán y comparado del medio ambiente”, en “*Ley de la Justicia Administrativa Alemana*” (Konrad Adenauer Stiftung/Abeledo Perrot) 2009, 24-25.

únicos legitimados para interponer una acción serían los titulares de derechos, restringiendo la instancia judicial a estos casos y habilitando, al mismo tiempo, las otras instancias de control de la actividad administrativa para los casos de controversias sobre intereses u otras posiciones jurídicas⁸.

Sin embargo, la doctrina procesal chilena ha entendido implícitamente que la referencia a derechos que hace el artículo 19 N°3, no es estricta e incluye la titularidad de derechos e intereses legítimos⁹. De esta forma, y sin texto expreso que lo establezca, hemos adoptado el criterio de legitimación señalados por la Constitución Española (artículo 24.1) e Italiana (artículo 24) para todos los procesos judiciales, incluyendo los procesos administrativos, acogiendo a veces de manera poco reflexiva las construcciones doctrinales generadas a partir de dichas disposiciones.

Este estado de la discusión, ha permitido a la doctrina nacional especializada sostener que la legitimación activa en los procesos administrativos, es la titularidad de derechos e intereses legítimos, trasplantando así las categorías utilizadas especialmente por el derecho español en este ámbito¹⁰. Así, bajo esta premisa, estarían legitimados para interponer una acción en un proceso administrativo el titular de un derecho subjetivo, es decir, aquel que ostenta un querer o poder hacer conferido por el ordenamiento jurídico y que le permite exigir su respeto de otras personas¹¹, como el titular de un interés legítimo, entendido como la *“aspiración legítima de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”*¹².

Esta concepción es la que precisamente ha recogido, en términos generales, la Corte Suprema en los fallos antes citados. Así, por ejemplo, en la causa *“Agrícola Forestal Reñihue Limitada con Cubillos Casanova y Fisco de Chile”*, rol 3011-2006, señala expresamente que *“sólo pueden intentar la acción de nulidad*

8 Cordero, Luis. “Procedimientos administrativos y jurisdicción contenciosa administrativa”, en *“La justicia administrativa”* (Lexis Nexis) 2003, 331-332.

9 Romero, Alejandro, *“Curso de Derecho Procesal Civil”*, tomo I (Editorial Jurídica de Chile) 2007, 13.

10 Cordero, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, en *“La justicia administrativa”* (Lexis Nexis) 2003, 391 y ss.

11 Blanke, op. cit., 23.

12 Couture, Eduardo, *“Vocabulario Jurídico”* (Depalma) 1993, 344.

los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés cualificado”. En el mismo sentido se pronuncia la Corte en la sentencia recaída en la causa “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, rol 1428-2007, identificando incluso los elementos que configuran el interés exigido por el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, queda en evidencia que para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria chilena, la legitimación activa para iniciar un proceso administrativo está dada por la titularidad de derechos e intereses, acogiendo de esta forma la fórmula general utilizada por la doctrina italiana y española, aún cuando nuestro texto constitucional utiliza términos diferentes. Ello permitiría, en principio, ampliar el acceso de los particulares a la jurisdicción para impugnar la validez de un acto administrativo, ya que reconoce esta facultad no solo a los titulares de derechos, sino también a los que tienen comprometido un interés cualificado.

III. La legitimación en el proceso de nulidad de derecho público

La concepción descrita en el punto anterior, permite entonces sostener que en el ámbito más específico de la nulidad de derecho público, la legitimación activa para demandar ésta ante los tribunales está dada por la titularidad de un derecho subjetivo o un interés cualificado. Así, podrían demandar la nulidad de un acto administrativo no solo aquellos que se vean privados de un derecho subjetivo por un acto ilegal, sino además aquellos cuya actuación atente contra un interés cualificado.

Lo anterior supone, en primer lugar, la exclusión de la acción popular como legitimación general para incoar una acción de nulidad de derecho público. Sobre el particular, es bien conocida la construcción doctrinal planteada a fines de los 80 por Fiamma¹³, quien postulaba la existencia de una acción popular en materia de nulidad de derecho público, fundada en un aparente derecho reaccional general, atendido el interés público comprometido en el control de la actuación administrativa. Esta posición ha sido descartada actualmente por la mayoría de la doctrina, no solo atendido el tenor literal del artículo 38 inciso 2° de la Constitución, sino sobre todo por la incompatibilidad de dicho

¹³ Fiamma, Gustavo, “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en 49 *Revista de Derecho Público*, 95.

postulado con los presupuestos básicos formulados por la doctrina procesal sobre la actividad jurisdiccional.

Por otro lado, esta concepción supone también afirmar clara e inequívocamente la legitimación activa de los titulares de derechos subjetivos en el proceso de nulidad de derecho público, sin que ese derecho tenga una cualificación especial o *numerus clausus*, como ocurre por ejemplo, en el Recurso de Protección o en el amparo económico. Es decir, bastará tener comprometido un derecho subjetivo, cualquiera sea su entidad o contenido, para estar legitimado para interponer una demanda de nulidad de derecho público ante el tribunal competente.

Sin embargo, el problema se produce a la hora de identificar los *intereses* como categoría jurídica que legitima la interposición de la acción judicial, sobre todo considerando las características o elementos que debería ostentar este *interés*, según la Corte Suprema. Así, según nuestro más alto tribunal, el interés que legitima la actuación del particular para impugnar un acto administrativo debe ser *legítimo, personal y directo*, poniendo así una especial cualificación en su contenido¹⁴. Se excluye de esta condición, a los intereses no conformes con el ordenamiento jurídico y aquellos que pertenecen a terceros o a los ciudadanos en general y que no suponen un beneficio o perjuicio directo para el accionante.

En este contexto, el concepto de interés que utiliza nuestra jurisprudencia para legitimar activamente a los particulares para iniciar un proceso de nulidad de derecho público, se acerca mucho a la titularidad de un derecho subjetivo, llegándose incluso a confundir ambos. Así, la propia Corte Suprema al calificar ese interés, señala que “*debe ser de tal envergadura que pueda considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho*”¹⁵ o, que es lo mismo, afectando “*su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho*”¹⁶. En este contexto, alguna doctrina identifica sustancialmente *interés* con *derecho comprometido*, entendiendo que solo hay interés cuando hay un derecho com-

14 Corte Suprema, rol 5553-2007, sentencias de la 22 de junio de 2009; rol 1428-2007, 16 de octubre de 2008; y rol 3011-2006, 28 de agosto de 2008. En el mismo sentido, Cordero, Eduardo, “La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, op.cit., 401.

15 Corte Suprema, rol 5553-2007, sentencia del 22 de junio de 2009.

16 Corte Suprema, rol 1428-2007, sentencia del 16 de octubre de 2008.

prometido, excluyéndose de este modo a las meras expectativas¹⁷.

Como se puede observar, para la doctrina y jurisprudencia dominante, la legitimación activa para incoar un proceso de nulidad de derecho público es la titularidad de derechos o intereses, pero en este último caso la cualificación de los mismos adquiere una entidad que los asemeja a los derechos, identificándolos materialmente. Aun más, pareciera que la referencia al interés es una categoría procesal vinculada al interés específico que debe tener una persona en los procesos judiciales, pero que complementa la titularidad del derecho y no la sustituye. En este sentido, el interés exigido para demandar en un proceso de nulidad de derecho público sería similar al exigido por la doctrina civil clásica para demandar la nulidad de un acto jurídico privado, exigiéndose por lo mismo un carácter actual y patrimonial al actor.

Esto explicaría, en el criterio de la Corte, la falta de legitimación activa de la empresa aeronáutica para impugnar un acto administrativo que autoriza a otra empresa a operar en el mismo espacio aéreo y comercial¹⁸; o de la sociedad competidora para impugnar el acto administrativo de adjudicación en una licitación pública¹⁹ en la que tenía interés; o de una empresa forestal para impugnar un acto que autorizó la venta de un inmueble fiscal a un particular que no cumplía las condiciones para celebrar dicho acto jurídico cuando sí, en cambio, las cumplía este actor²⁰; o de un grupo de chilenos exiliados en Alemania y retornados posteriormente para impugnar la validez de un acto administrativo que promulgó un convenio internacional que establecía algunos beneficios para ellos mismos²¹.

Ahora bien, esta concepción del *interés* se aleja claramente del utilizado en el derecho comparado de referencia, para legitimar activamente a los particulares para impugnar la actuación de un órgano de la Administración del Estado. En efecto, como se verá a continuación, en el Derecho italiano, espa-

17 Aldea, Rodolfo, "Interés actual y declaración judicial en las nulidades de derecho público", en 10 *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 3.

18 Corte Suprema, rol 5553-2007, sentencia del 22 de junio de 2009.

19 Corte Suprema, rol 1428-2007, sentencia del 16 de octubre de 2008.

20 Corte Suprema, rol 3011-2006, sentencia del 28 de agosto de 2008.

21 Corte Suprema, rol 2377-2005, sentencia del 15 de enero de 2006.

ñol y francés, el concepto de *interés* tiene alcances muchos más amplios que los reconocidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, sirviendo de cláusula de apertura para la habilitación de los particulares para impugnar los actos u omisiones de la Administración del Estado.

En este contexto, en el Derecho italiano, el *interés legítimo* -denominación que adquiere en este Derecho- es una categoría sustancial distinta y diferenciada del derecho subjetivo, que el constituyente ampara expresamente habilitando su protección jurisdiccional (artículo 24 de la Constitución Italiana). Este *interés*, se relaciona en el ámbito administrativo, con la posición que tiene un individuo frente a la actividad desplegada por la Administración frente a ciertas normas de acción, particularizando así, el interés público general del ordenamiento jurídico²².

Esta cláusula jurídica ha permitido tradicionalmente -aunque ello está cambiando en los últimos años- el acceso a la jurisdicción administrativa especializada (Consejo de Estado y tribunales derivados), como ámbito competencial distinto y separado del asignado a los tribunales ordinarios para proteger los derechos subjetivos de los particulares. De esta forma, la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo es una cuestión relevante para determinar la competencia del tribunal, pero sin afectar la legitimación de los particulares para acceder a los tribunales para obtener la protección jurisdiccional.

En el caso español, el *interés legítimo* -denominación que probablemente fue copiada del derecho italiano- también es una categoría que determina la intervención de los tribunales de justicia, pero ya no para establecer ámbitos de competencia entre éstos, sino para habilitar el acceso de los particulares a la jurisdicción. Sobre esto, el artículo 24.1 de la Constitución Española señala que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”, determinando las posiciones jurídicas sustanciales que pueden invocar los particulares para requerir la intervención de un tribunal.

Ahora bien, este *interés legítimo* abarca todo “*interés moral o material que pueda resultar beneficiado por la estimación de la pretensión*”, superando el viejo inte-

22 Casarino, Sebastiano, “El problema de la jurisdicción administrativa”, en 248-249 *Documentación Administrativa*, 218-219.

rés estrictamente patrimonial y directo exigido por la doctrina administrativa preconstitucional²³. En este sentido, la Constitución Española de 1978 amplió la titularidad de la acción ante los tribunales de justicia con el preciso objeto de fortalecer a los tribunales en su rol de control de la actividad administrativa. Así, el propio Tribunal Constitucional Español, tempranamente en 1982²⁴, puso de manifiesto el impacto que tuvo la Constitución de 1978 en la reconfiguración de la titularidad de la acción de los particulares para impugnar un acto u omisión de la Administración, superando la vieja concepción del interés directo que había promovido la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, siguiendo la doctrina y jurisprudencia francesa del siglo XIX.

En este contexto, la doctrina española actual ha ampliado considerablemente el interés como categoría procesal para habilitar la impugnación de un acto u omisión de la Administración, entendiendo que este interés puede ser material o moral; económico, social, cultural o político; directo o indirecto; actual o futuro; en fin, personal o colectivo²⁵. En este punto, una cuestión relevante es la ampliación progresiva que hace la doctrina a los intereses morales, indirectos y futuros, ampliando considerablemente las posiciones jurídicas habilitadas para recurrir a los tribunales de justicia para impugnar una actuación administrativa. Especialmente debe destacarse, la mención que se hace a los intereses indirectos y futuros, ya que con ello se aleja la exigencia de una titularidad estricta sobre la base de intereses patrimoniales actuales, para ampliarse hacia otros intereses públicos y privados que reflejen una relación del actor con el acto u omisión estatal, pero sin configurar una legitimación popular.

Por último, en el derecho francés se aprecia también una tendencia similar a la señalada en el derecho español, es decir, una habilitación a los particulares para actuar ante los tribunales no solo en aquellos casos que se detente un derecho subjetivo, sino también un interés. Ahora bien, este último, en el

23 González, op.cit.,178.

24 Tribunal Constitucional Español, sentencias 60/1982 y 62/1983.

25 Por todos, ver González, Jesús, "Manual de Derecho Procesal Administrativo", op.cit., 178; Parejo, op.cit., 574; Sánchez, Miguel, "*Derecho Administrativo*" (Tecnos) 2007, 845; y Gimeno, Vicente, Moreno, Víctor y Sala, Pascual, "*Derecho Procesal Administrativo*" (Centro de Estudios Ramón Areces) 2004, 3.

derecho administrativo francés, no constituye una posición sustancial respecto de actos u omisiones, sino un interés para actuar o condición procesal, es decir, para ser titular de la acción²⁶.

Ahora bien, este interés, a juicio de esta misma doctrina, es un interés amplio, pero suficientemente caracterizado, incluyendo, al igual que en el derecho español, los intereses patrimoniales y morales, directos e indirectos, actuales y futuros, individuales y colectivos. De esta forma, la titularidad de la acción para impugnar los actos administrativos o las omisiones de la Administración, es la existencia de un interés procesal, que se aleja de la titularidad de derechos subjetivos u otras posiciones jurídicas formales, para relacionarse con intereses públicos que atañen o impactan especialmente a ciertos particulares.

Lo anterior, explica que se encuentren legitimados en el derecho comparado para impugnar los actos administrativos, los particulares que han sido excluidos o derrotados en una licitación pública y aun a los que no hayan postulado formalmente en el procedimiento concursal. Asimismo, también estarían habilitados para impugnar un acto administrativo, los ciudadanos que se han sentido afectados por una regulación pública, aun cuando la regulación concreta no los afecte directamente a ellos, en la medida que pueda provocarles, eventualmente, un perjuicio patrimonial o moral. Del mismo modo, y sin que esto sea una enunciación taxativa, también estarían habilitados para impugnar un acto de la Administración, los particulares afectados indirectamente por una medida administrativa, aun cuando ésta estuviera dirigida protitariamente a otro sector de la población.

Esta posición, contrasta frontalmente con lo sostenido por un sector importante de la doctrina nacional y la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema, que ha identificado la titularidad de la acción sobre la base de los mismos derechos subjetivos e intereses legítimos, pero caracterizando éstos como legítimos, directos y personales. Así las cosas, el demandante, para estar legitimado, según nuestro alto tribunal, requiere un *“interés cualificado en la anulación de que se trata, porque el interés que la acción exige debe ser legítimo, personal y directo, esto es, el titular debe encontrarse frente al acto que infringe el*

26 Chapus, René, *“Droit du contentieux administratif”*, (Montchrestien) 2004, 445; y Vedel, op.cit., 473.

*principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política*²⁷. En este sentido, la sentencia más reciente de la alta Corte que se tiene a la vista, recalca que *“dicho interés debe ser de tal envergadura que puede considerarse que el acto recurrido lesiona un derecho”*²⁸, lo que en caso de no producirse, impide al particular impugnar el acto administrativo emanado del poder público.

De lo expuesto, parece evidente que la caracterización del interés como categoría procesal, está asociada, en esta jurisprudencia, con la titularidad de derechos y no con la identificación amplia de otras posiciones jurídicas subjetivas más amplias, que den cabida a otros intereses no patrimoniales e indirectos que permitan iniciar los procesos administrativos de control. Sobre el particular, la identificación que hace esta jurisprudencia con los derechos subjetivos de carácter patrimonial, como categoría sustancial que legitima para la actuación judicial, citando incluso el artículo 38 de la Constitución, guarda una estrecha relación con la doctrina alemana que, a partir de una norma constitucional similar (artículo 19.4), llega también a construir una legitimación activa más restrictiva que la del derecho italiano, español o francés.

Ahora bien, esta tendencia doctrinal y jurisprudencial -que evidentemente no es en sí misma criticable, aun que sí lo sea su forma alambicada- se aleja de la ampliación que han tenido los intereses en el derecho comparado de referencia como categoría procesal que determina la legitimación activa en los procesos administrativos. Sin embargo, lo más curioso de este proceso en el caso chileno, es que se produce sin renunciar a legitimar a los titulares de intereses -al menos formalmente-, sino incluso proclamando su cobertura, pero entendiendo a éstos en una versión muy estricta, más propia de la titularidad de derechos subjetivos de carácter patrimonial.

Así, el elemento determinante para legitimar o no a los particulares en los procesos administrativos, no es en la práctica, la existencia de un interés legítimo, sino un derecho subjetivo de carácter patrimonial, única posición

27 Corte Suprema, rol 1428-2007, sentencia del 16 de octubre de 2008.

28 Corte Suprema, rol 553-2007, sentencia del 22 de junio de 2009.

subjetiva que sirve para estar legitimado activamente en estos procesos. Esto explica que la Corte Suprema excluya como legitimados activos, a interesados morales, indirectos y futuros en la impugnación de ciertos actos administrativos -como la empresa interesada en la entrega de una licencia pública de operación aérea o el particular afectado por la autorización de enajenación de un predio vecino a su inmueble-, ya que el concepto *interés* es extremadamente estrecho, vinculado casi exclusivamente a la patrimonialidad y al efecto directo sobre su actividad empresarial o personal.

El debilitamiento del sistema de control judicial de la actividad administrativa

Lo antes relatado deja en evidencia, en mi opinión, las nuevas restricciones impuestas por la Corte Suprema a la utilización de la nulidad de derecho público como proceso administrativo de general aplicación en esta materia. Así, una legitimación activa tan restrictiva tiene un importante efecto en disminuir el ámbito de acción de este proceso de impugnación de los actos administrativos, quedando disponible en la práctica, como ya se señaló, solo para los titulares de derechos subjetivos y no para los demás interesados en el acto.

A lo anterior deben sumarse, sin duda, las otras restricciones ya impuestas por la jurisprudencia -mucho más razonables y fundadas, por cierto, aunque no muy trabajadas-, por el transcurso del tiempo y las causas legales de procedencia. En efecto, la primera de ellas la prescripción ha sido una concepción que ha costado mucho tiempo a la doctrina y jurisprudencia instalar en nuestro derecho²⁹, luego de una tendencia generalizada a declarar la imprescriptibilidad general de la nulidad de derecho público³⁰. No obstante, la solución a que ha arribado nuestra Corte, creo, resulta insatisfactoria desde el momento en que sigue sosteniendo la prescripción de las acciones patrimoniales asociadas a la nulidad y no de la nulidad de derecho público misma, anclada en una equivocada interpretación de una vieja concepción francesa de separación de ordenamientos jurídicos, pero sin base ni aplicación en nuestro medio.

29 Nuestro caso paradigmático en este sentido, que cambió la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, es "*Aedo con Fisco*", rol 852-2000, de 7 de noviembre de 2000.

30 Soto, Eduardo, "*Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*" (Editorial Jurídica de Chile) 1996, tomo II, 176.

En relación a las causas legales de procedencia, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha ido acotando el proceso de nulidad de derecho público a la concurrencia de infracciones de los *elementos constitutivos* del principio de juridicidad establecidos en el inciso 1° del artículo 7° de la Constitución. Así, la incompetencia, la falta de investidura regular y la infracción a las formas establecidas, serán causales preferentes de nulidad de derecho público, uniéndose a ellas -sin que exista claro fundamento de esta ampliación nominativa-, según la jurisprudencia, la desviación de poder y la violación de la ley³¹. Esto implica una restricción a los vicios que lleva aparejada la nulidad de derecho público del acto administrativo, ya que deja fuera otras infracciones de gran entidad y relevancia, como son la falta de motivación del acto o el contenido ilícito o imposible ordenado por el propio acto.

Estas restricciones, como se puede ver, vienen a establecer otras nuevas a la nulidad de derecho público, poniéndose en entredicho su carácter de proceso administrativo general y supletorio, tal como lo ha afirmado la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, sobre todo considerando la carencia de un proceso especial de revisión de la legalidad de los actos administrativos.

Claro está, que ello se aminora por la existencia de procesos especiales en algunas materias, muchos de los cuales contienen una amplia legitimación y una causal genérica de impugnación -la mera ilegalidad-, pero ello solo opera, como su denominación lo indica, respecto de aquellas materias en que se aplican restrictivamente esos procesos. Así, en materia de nulidad de actos municipales por infracción a las normas legales correspondientes, el ordenamiento jurídico contempla el reclamo de ilegalidad municipal, que opera como mecanismo de impugnación de estos actos cualquier sea la infracción a las normas legales establecidas, habilitando para ello, por un lado, al particular afectado, y por otro a cualquier persona en interés de la comuna.

Ahora bien, estas restricciones impuestas a la nulidad de derecho público como proceso de impugnación de los actos administrativos, sobre todo por la legitimación activa, como ya se expuso, se complementan con las restricciones que ya posee, por su propia naturaleza, el Recurso de Protección como

31 En este sentido, Corte Suprema, rol 3132-2005, sentencia de 28 de junio de 2006.

contencioso administrativo³². Este proceso constitucional, por su propia finalidad, tampoco da cobertura judicial a la amplia variedad de ilegalidad o irregularidades que pueda cometer la Administración del Estado por sus actos u omisiones, ya que requiere para ello la privación, perturbación o amenaza de alguno de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y que pueden ser objeto de este amparo (artículo 20 de la Constitución), quedando excluidas las infracciones que no impliquen tal contravención.

En este contexto, parece evidente que el control judicial de la actividad administrativa se debilita en nuestro medio, pasando a ser un mecanismo excepcional de revisión de la legalidad de ésta. Ello, que constituye por sí mismo una cierta inflexión al Estado de Derecho³³, podría no obstante superarse parcialmente a través del fortalecimiento de otros mecanismos de control político y administrativo, los que, sin embargo, se han también debilitado en el último tiempo, con el fin de promover precisamente el control jurisdiccional. Así, por un lado, se promueve por nuestra doctrina un mayor protagonismo de la jurisdicción como instancia de control de la actividad administrativa, pero, por otro, se le restringe -en su recurso más depurado y menos fundado- por medio de la interpretación estricta del *interés* exigido para los efectos de la legitimación activa.

Algo parece no está funcionando bien en esta materia.

32 Ver, Ferrada, Juan Carlos, “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en *La Justicia Administrativa* (Lexis Nexis) 2003.

33 García de Enterría, Eduardo, *Las transformaciones de la justicia administrativa* (Thomson/Civitas) 2007, 12.