

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO: SU ACTUALIDAD

EDUARDO SOTO KLOSS
Universidad de Chile

"Porque de verdad no se puede negar que (las Audiencias Reales) son los castillos roqueros de ellas (las Indias), donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho y verdad."

Juan de Solórzano y Pereyra, *Política indiana*, Libro V, cap. III, 7.

INTRODUCCIÓN

Siendo todavía no pocos -por desgracia- los legistas que tratan más de potenciar el poder de los que mandan (autoridad pública) que los derechos y libertades de los ciudadanos, y siendo, además, tan poco obedecida y practicada, esa base fundamental de la Institucionalidad según la cual "el Estado está al servicio de la persona humana" y no está al servicio de aquél, nos ha parecido necesario, una vez más, ahondar en la explicación de ese precepto basilar del ordenamiento constitucional (su verdadera "piedra angular") que es el mecanismo sancionador de toda infracción a la Constitución.

Recordemos su texto, que en su núcleo esencial viene ya de 1833 (Art. 160): "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale" (Art. 7º inciso 3º).

A fin de no extendernos más allá de lo razonable, dedicaremos este trabajo al análisis del primer período de la oración que configura el precepto.

I. UNA EXÉGESIS SISTEMÁTICA

1. Muchas veces se habrá repetido que el método exegético para explicar el Derecho no condice con el actual progreso de la ciencia jurídica, y numerosas críticas recibió en su momento, al punto de que nadie hoy se atrevería a adoptarlo so riesgo de aparecer retardario o cavernícola.

Si bien como método no sea posible hoy adoptarlo, ya que reduce en forma excesiva el entendimiento del Derecho a su mero aspecto normativo (positivismo hoy obsole-

to), no es menos cierto que como análisis del significado concreto de los preceptos normativos puede hoy prestar un señalado servicio para captar lo que realmente se quiere decir por su intermedio, y se quiere, por ende, prescribir como mandato y especialmente si se le conecta con la visión sistemática, sin descuidar sus orígenes históricos y la finalidad que persigue; de allí que aquí adoptaremos un análisis en tal perspectiva¹.

2. *Todo acto*

Se inicia el texto con el adjetivo "Todo", referido al sustantivo "acto" que califica. Pues bien, la idea que expresa este vocablo no es otra que la de completud, de algo que se toma o comprende entera y cabalmente, en todas sus partes; lo dicho respecto de algo tomado en su integralidad a lo cual no le falta nada ni se excluye nada de él; algo que comprende un conjunto en todas sus partes componentes considerado en entero, y absolutamente.

Cuando se dice de algo "todo", se está significando en ello que es "sin excepción", que nada se excluye de su afirmación, que nada queda fuera de su alcance, que lo comprende en su enteridad.

Cuando se prescribe en el inicio del inciso 3° del Art. 7° de la Constitución que "Todo acto", lo que está ordenando y estableciendo es que ningún acto queda exceptuado de su mandato, sea cual sea tal acto, ya en la función en que recae, ya en la jerarquía de su autor, ya en su naturaleza específica.

En efecto. Ello rige y es aplicable a todo tipo de función estatal, desde la constituyente pasando por la legislativa y jurisdiccional hasta la administrativa y contralora; cualquier acto, de cualquiera de dichas funciones, que contravenga el Art. 7° es nulo; ninguno queda excluido, pues *todos* están sometidos en su gestación (procedimiento de elaboración) como en su contenido a la Constitución, sin expresión alguna.

De allí que sea inconstitucional pretender que este precepto (art. 7° inciso 3° en relación con sus incisos 1° y 2° precedentes) no fuera aplicable a algún acto de alguna autoridad estatal y pudiera, en consecuencia, escapar a su imperatividad y operatividad directa (art. 6° inciso 2°). Bajo esta disposición está tanto el acto constituyente que lo viola, como cualquier acto legislativo o de órgano parlamentario (lato sensu), jurisdiccional, administrativo y contralor que lo contraviene. Y dentro del ámbito jurisdiccional, administrativo o contralor cualquiera sea la "jerarquía" del autor del acto, sea Presidente de la República, o cualquier órgano (unipersonal o colegiado), jerarca o funcionario administrativo con potestades normativas (propias o delegados), sea cualquier juez u órgano jurisdiccional (unipersonal o colegiado), sea cualquier órgano contralor. Y dentro de cualquiera función, cualquier acto, cualquiera sea su naturaleza, sea "ley" (en cualquiera de sus especificaciones), sea "acto de órgano parlamentario" (Cámara de Diputados, Senado), sea "resolución judicial" (en cualquiera de los diversos tipos que

¹ Hemos hecho un análisis de tipo histórico, y de tipo dogmático en nuestro "Derecho Administrativo" (2 vols). Editorial Jurídica de Chile. Stgo. 1996, II 114-115, 163-194.- Creo que se yerra gruesamente si se entendiera tal vez -sin ahondar en todos nuestros escritos- que la nulidad de derecho público, tal como la venimos enseñando desde hace años en la cátedra y que sido recogido ampliamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales, la hemos desarrollado sólo sobre la base de sus antecedentes históricos y del tenor literal; por el contrario, ello se inserta en el estudio sistemático de la Constitución y sobre todo del eje central de ella, cual es la "primacía de la persona" (véase nuestro "Derecho Administrativo", cit. en sus dos tomos y en su estructura orgánica: el orden natural, el orden político y el orden jurídico).

asume), sea "acto contralor" (V. gr. registro, toma de razón, dictamen, resolución, etc.), sea "acto administrativo" (en cualquiera de la variada tipología que ésta asume).

"Cualquier" acto de "cualquier" órgano del Estado que infrinja el Art. 7º, se encuentra sujeto al efecto que establece su inciso 3º, "es nulo".

3. Cuando se dice "acto" debe precisarse que no se hace referencia ni a las conductas o hechos ni a las omisiones, sino exclusivamente a los actos jurídicos que dictan, emitan, celebren o convengan los órganos estatales. ¿A qué se debe esto?

La razón es estrictamente jurídica y dice relación con el hecho de que la nulidad significa eliminar del ordenamiento jurídico, como si nunca hubiera existido, aquello que ha infringido o vulnerado la Constitución. Una "omisión", que es inactividad, no ha tenido existencia, por lo cual no cabe que pueda eliminarse, anularse, declarársela nula. La omisión que infringe la Constitución o la ley es, "contraria a Derecho", es "antijurídica", pero no nula.

Una conducta o un hecho "actividad material" en terminología administrativa, fáctica, ha tenido existencia en la realidad pero no cabe eliminarla como si nunca hubiera existido, porque esos hechos se dieron y no pueden jurídicamente extinguirse desde que ya produjeron sus efectos, podrán sus efectos dañosos ser compensados, indemnizados, pero como tal esa conducta o hecho no cabe "eliminarse" o "anularse", como si nunca hubiera existido. No cabe retrotraer la situación al momento anterior de producirse el hecho o conducta, puesto que no puede "borrarse" éste de la realidad.

Sólo los actos jurídicos, en cuanto tales, pueden eliminarse del mundo jurídico a través de la decisión (aquí de la propia Constitución) que determina su nulidad al contravenir la Constitución, que hace que se impida incluso su existencia como acto, declarándolo nulo, es decir, que no es acto, produciéndose una mera vía de hecho.

De allí que las conductas o hechos y las omisiones contrarias a la Constitución, sean "antijurídicas", "contrarias a Derecho", pero no nulas, hablando técnicamente.

4. *En contravención*

Como el término mismo lo expresa, "contravenir" es vulnerar, violar, infringir, actuar de modo contrario a lo estatuido, o mandado, incumplir lo preceptuado. Es decir, "en contravención" no es sino "contrariamente" a lo precisado por el Art. 7º en sus incisos 1º y 2º, y estos incisos establecen las exigencias que la Constitución impone a todo órgano del Estado para que sus actos sean válidos en el Derecho.

Tales exigencias, su inciso 1º las reduce a tres aspectos, vale decir: 1) a que el órgano del Estado (cualquiera sea la función y jerarquía), autor del acto (cualquiera sea su naturaleza de este acto), tenga una "investidura regular", o sea, un título jurídico válido, según la Constitución, para ejercer el cargo o función, título que comprende, además de las cualidades formales, el debido procedimiento de designación o elección según los casos.

2) a que el acto sea el ejercicio de la "competencia" atribuida a su autor, es decir, que sea el fruto de poderes jurídicos atribuidos por la Constitución o la ley al órgano autor de ese acto. En el término "competencia" se engloba o comprende el conjunto de poderes jurídicos ("potestades públicas", lato sensu), con que el Derecho (Constitución o ley) habilita a un órgano para "promover el bien común con pleno respeto de los derechos y garantías" de las personas (Art. 7º inciso 4º de la Constitución).

Ahora bien, esos poderes jurídicos (potestades públicas), especialmente en lo que refiere a los órganos que desarrollan la función administrativa del Estado, implican la referencia a: (a) hechos/"motivo", o sea, "circunstancias fácticas", calificadas de

"necesidad pública" según el legislador, que el Estado ha de satisfacer en bien de las personas (y para lo cual se le dota al órgano de esas potestades que es el fundamento o la razón misma de la existencia del órgano), (b) a "fines", esto es, el objetivo que debe alcanzar al existir o dictar determinado acto (satisfacer una necesidad concreta), y (c) que sea explícitamente, o bien, de modo implícito, el "momento" o "instante" en que debe actuar la Administración, para obtener esa satisfacción de tal necesidad pública; y

3) a que el acto que se dicte o emita sea el resultado de un "procedimiento" establecido previamente por la ley; es la exigencia de validez de todo acto de cualquier órgano del Estado que la Constitución formula en el Art. 7º inciso 1º parte final en los términos de "en la forma que prescriba la ley". Procedimiento que es (a) materia de "reserva legal", (b) que debe ajustarse a los imperativos de "justo y racional" que prescribe la Constitución (Art. 19 N° 3 inciso 5º), (c) y que jamás podrá ser objeto de regulación por un decreto con fuerza de ley o por vía reglamentaria, desde que ello incide en su derecho fundamental (Art. 61 inciso 2º), y sabido es que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, es en la Constitución solamente materia de ley, y (d) ley que, por lo demás, si pretende ser conforme con la Carta Fundamental, jamás podrá afectar el contenido esencial o esencia del Derecho (Art. 19 N° 26)².

Ha de advertirse que no cabe sostener, bajo el amparo de la Constitución, que los vicios que se cometan en el procedimiento de elaboración de un acto, de un órgano estatal, sólo invalidan el acto en cuanto fueran "gruesos", o "groseros", como a veces se lee o escucha, porque bajo tal subterfugio o falacia se viola flagrantemente la Constitución, la cual no hace distinción alguna al respecto ni podría hacerla tampoco³, ya que con ella se hace tabla rasa de la supremacía de la carta fundamental dejándose entregado al arbitrio del autor nada menos que una garantía básica y primordial, como es el "debido procedimiento", que ampara y protege un "derecho fundamental".

Si se pretendiera tal "forado"⁴ en la juridicidad del actuar estatal, ¿qué criterios podrían adoptarse para calificar de "gruesa" o "baladí" la violación del procedimiento? ¿Cuál "grosera", cuál "irrelevante"? ¿Acaso es irrelevante un vicio en la firma o suscripción del acto, como pudiera pretenderse afirmar? Quienes tal sostienen deberían recordar lo que ha dicho el propio Tribunal Constitucional (conociendo en virtud del Art. 82 N° 5 de la Constitución Política), en su sentencia de 25.1.93 (rol 153), que

² La única excepción, inexplicable, en verdad, viene a ser el derecho a reunión en lugares públicos, que la Constitución (Art. 19 N° 3) remite en su ejercicio a la regulación de las "disposiciones de policía", esto es, "administrativas", en terminología antigua. Se trata de una excepción que no tiene asidero racional por cuanto deja entregado a la autoridad administrativa de turno el ejercicio de un derecho fundamental, lo que equivale dejarlo entregado al puro arbitrio administrativo y a las veleidades del momento, y a la modificación en cualquier instante de sus normas. Cierto es que siempre el juez podrá conocer del acto que amenace, perturbe o prive del ejercicio de tal derecho, por las vías procesales existentes en el ordenamiento (v. gr. acción de protección), pero de acogerse por el tribunal la pretensión (establecida que sea la ilegalidad o arbitrariedad del acto denegatorio) ello ocurrirá meses después de cometido el agravio, y la reunión no se podrá realizar en la ocasión y por los fundamentos que la justificaban (Véase v. gr. "Meza Allende", RDJ t. 81 (1984) 2.5,113).

³ Y donde el constituyente no distingue no es lícito distinguir, menos aún si se trata nada menos que reducir su fuerza tutelar.

⁴ Que ya no "resquicio", término de tan trágico recuerdo en nuestro Derecho, habida cuenta de los luctuosos sucesos que se originaron entre 1970 y 1973, y que culminaron con la resistencia activa de toda la comunidad nacional frente al gobierno declarado ilegítimo por el propio Congreso Nacional (Acuerdo del 23.8.1973/Cámara de Diputados).

declara inconstitucional un decreto supremo reglamentario firmado por quien carecía de competencia para ello.⁵

O ¿acaso baladí el omitir en el procedimiento de elaboración de la ley, la audiencia de la Corte Suprema, cuando ello es exigido por la Constitución, o del Tribunal Constitucional en los casos que prevé dicha Carta Fundamental?⁶

Sobre los vicios que puede incidir en el procedimiento nos hemos referido en otro lugar, al que reenviamos para no alargar innecesariamente estas notas⁷.

5. *Es*

El verbo expresa la acción y la forma verbal que utiliza la Constitución, revela a las claras que es la propia Carta Fundamental la que declara el efecto o consecuencia de la contravención a ella en que incurre cualquier acto de cualquier órgano del Estado. La Constitución misma es la que declara que tal acto *es* nulo, vale decir, no asume ella la posibilidad que sea nulo en el futuro (será), o que requiera que esa nulidad se produzca sólo en la medida que haya pronunciamiento judicial y a partir de tal declaración. No, en absoluto; es nulo desde que el mismo instante en que incurre en la elaboración o dictación de ese acto, en una contravención a la Constitución, en las exigencias dispuestas para su validez.

Jamás puede olvidarse que la finalidad que persigue el Art. 7° en concordancia con el Art. 6° es asegurar la *supremacía de la Constitución*, especialmente referida a la sujeción a Derecho de todo órgano del Estado, supremacía que es un medio para que efectivamente el Estado esté al servicio de la persona humana⁸ y se lleve a cabo la finalidad de aquél, que es promover el bien común *con pleno respeto* de los derechos de las personas (Art. 1° inciso 4°). De allí surge una de las características tan típica de esta nulidad de derecho público, cual es ser de pleno derecho, ipso iure, vale decir, que se produce por el solo ministerio de la Constitución.

Nos parece hoy bizantina la discusión que interesó a algunos varias décadas atrás y que aún hoy pareciera pretenderse revivir, de cómo compaginar esta operatividad directa del texto del Art. 7° inciso 3° con la declaración judicial de la misma; al no captar bien nuestro sistema, se preguntaron algunos que si opera de pleno derecho no necesita declaración judicial, y por el contrario, si requiere tal declaración no operaría ipso iure. Hay una falacia en esa pretendida afirmación cual es afirmar una antinomia, porque el que sea de pleno derecho no excluye per se tal declaración judicial; se olvida que no cabe la autotutela en nuestro Derecho (salvo expresa excepción) y, por ende, ni la autoridad ni el particular pueden declarar por sí o ante sí nulo un determinado acto si ello significa una controversia de Derecho, pues ello corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia (Art. 73 de la Constitución Política). Y se requiere acudir al juez para que éste declare con la fuerza de cosa juzgada si es nulo o no tal acto cuya validez se controvierte, pero si se acoge la pretensión anulatoria, el juez sólo *reconoce* un he-

⁵ Tratóbase de la aprobación del Plan Regulador Intercomunal Coquimbo-La Serena; Véase en "Sentencias del Tribunal Constitucional" 1992/96, tomo 3 (Stgo. 1996) pp. 7-14.

⁶ Véase ejemplo de ello en el caso de la actual Ley N° 19.368 (26.01.95), que estudiamos en nuestro "Derecho Administrativo" cit., t. 2, pp 95-99.

⁷ Vid. nuestro "Derecho Administrativo" cit., t. 2, pp 64-67.

⁸ Y no al revés, esto es, la persona al servicio del Estado y de su "nomenklatura" gobernante, como ocurre con los regímenes estatistas, sean o no totalitarios.

cho anterior, que dicho acto es nulo tal como lo estipuló la propia Constitución al violar sus disposiciones (Art. 7º)⁹.

Alguno podría decir que como el texto no dice "de pleno derecho", no es posible sostener que es ipso iure, pero ello desconoce no sólo la historia fidedigna del origen del precepto (vid. nuestro "Derecho Administrativo", cit. t. 2, pp. 123-130) sino también su finalidad; no es posible que un jurista exija que todo tenga que expresarlo la ley cuando basta la lectura del precepto, su inserción en el ordenamiento y saber su finalidad para que se obtenga todo el sentido de sus disposiciones. Aquí es la propia Constitución que declara nulo el acto que la contraviene: si ella lo declara es: 1) desde el momento en que se incurra en el vicio o violación de ella que se produce; 2) jamás como acto entra al ordenamiento; 3) en ningún instante, por lo tanto, adquiere validez; 3) el juez sólo *reconoce* un hecho pasado al acoger una pretensión anulatoria de un acto de órgano estatal; y si produce efecto por haberse aplicado, habrá que ver si es acto de beneficio para un o unos destinatarios y ellos están de buena fe, habrá efectos adquiridos, pues son ajenos al error o torpeza del autor del acto; si esa aplicación produce daño, originará la responsabilidad del Estado y de quien hubiere dictado el acto (Art. 7º inciso 3º, en relación con el Art. 38 inciso 2º para los funcionarios de la Administración del Estado).

De allí, también la improcedencia de admitir en nuestro Derecho Público, la llamada presunción de validez o presunción de legalidad de los actos estatales, y específicamente respecto de los actos administrativos. Además de ser ello un resabio absolutista (de monarquías absolutas, y de claro origen romano imperial (*rex legibus solutus, voluntas principii lex habet vigorem, the King can do no wrong*¹⁰) enteramente incompatible con el régimen jurídico de un Estado de Derecho, enteramente incompatible con nuestra Constitución, y enteramente incompatible incluso con nuestra tradición castellano/indiana, carece de todo asidero normativo en ella y no pasa de ser sino una "invención" de legistas a fin de imponer per se la decisión autoritaria sin advertir que su imperatividad le viene única y exclusivamente de su conformidad con la Constitución, única fuente de validez jurídica de los actos estatales¹¹.

⁹ Vid. nuestro "Derecho Administrativo" t. 2 p 183.- Pretender que la autoridad administrativa tenga potestad para anular sus actos cuando han producido efectos adquiridos en sus destinatarios (v. gr. actos de beneficio), afirmando que el mismo acto que ella dictó es contrario a Derecho, es insostenible en el derecho chileno, por cuanto carece de la atribución legal para ello (exigencia ineludible para la validez de sus actos: incisos 1º y 2º del Art. 7º: *habilitación legal expresa*), y además, significa arrogarse atribuciones judiciales que le están expresamente prohibidas (Art. 73, inciso 1º frases 1ª y 2ª). Así lo ha declarado innumerables veces la Corte Suprema (véase nuestro "Derecho Administrativo" cit. t. 2, pp. 203-211, especialmente ahora último p. 206 nota 25 bis; un caso ejemplar al respecto, "Muñoz Candia", C. Suprema (rol 2.079-96), 5.9.1996).

¹⁰ La vieja y siempre repetida y trágica historia de convertir o erigir al Estado en un absoluto (ab-solutus=desligado de toda sujeción, de todo vínculo con algo superior; desconociendo su carácter de "medio" para perfección de las personas concretas, y pretendiendo asumir el carácter de fin en sí mismo); es la vieja cantinela de los totalitarismos de todas las épocas, desde Platón hasta Hobbes, Rousseau, Hegel, Marx y sus discípulos sean de cuño fascista /Mussolini, nacionalsocialistas /Hitler, o socialistas marxistas /comunistas o gramscianos.

¹¹ Véase nuestro "Derecho Administrativo" cit. t. 2, pp. 157-163, en donde recordamos que en un Estado de Derecho no hay soberano, pues todos los órganos del Estado y el Estado mismo existen, son y se mueven bajo el Derecho, dentro del Derecho, y es su conformidad a éste que hace imperativos sus actos y no una pretendida soberanía ad nutum, puramente potestativa. Utilizo "invención" no en su sentido originario etimológico (in -

6. *Nulo*

Hemos visto en varios trabajos anteriores¹² lo que significa nulo, como también sus orígenes, y especialmente cómo nació este texto allá en 1833, bajo la inspiración de Mariano Egaña. Aquí nos detendremos en dos aspectos que nos parecen fundamentales para mejor entender esta nulidad de derecho público.

1. Que sea *nulo* significa que *no es* y no es acto, pues eso es lo que dispone el Art. 7º inciso 3º en su frase primera. Y si no es acto¹³, quiere decir pura y simplemente que no existe acto, y si no es acto ni existe como tal, quiere decir que es inexistente; de allí que la nulidad que consagra la Constitución como efecto de la contravención de ella en que se incurra en la dictación de los actos de los órganos estatales¹⁴ se diga que es "inexistencia".

Y bien se dice al afirmarlo porque el acto que la contraviene no entra al ordenamiento jurídico como tal acto y si se pretende aplicarlo, y se aplica en la realidad dicho acto, originará un hecho, será una "vía de hecho", proscrita por el Derecho Público chileno. Y vuelvo a insistir, ello es así en razón de asegurar la *supremacía de la Constitución*, finalidad por entero diferente a la que persigue la nulidad en derecho privado, en donde se admite la ratificación, el saneamiento, la convalidación y hasta la conversión de los actos convenidos/celebrados por la autonomía privada.

2. No cabe, en consecuencia, dentro de la Constitución y con el texto vigente, propugnar distintos tipos de nulidad (al modo del derecho privado), ni menos sostener que el acto sería válido mientras no haya declaración judicial.

Lo primero por cuanto la Constitución no distingue, y entrar a distinguir significa reducir toda la fuerza o energía que el precepto contiene para impedir que los órganos del Estado violen y avasallen la Carta Fundamental, violación que *siempre* significa avasallar los derechos y libertades de las personas, a cuyo servicio existe y actúa el Estado en cada uno de sus órganos y funciones. Pretender, incluso, que existan violaciones a la Constitución de poca monta o irrelevantes, o sin mayor importancia, es entender bien poco de lo que significa una Constitución, un Estado de Derecho, y los derechos y libertades fundamentales del ser humano, como si la violación del Derecho no fuera siempre un signo muy evidente de la decadencia de un pueblo, y de la corrupción de sus valores básicos como comunidad civilizada¹⁵.

Y si se es coherente, no cabe admitir que pueda la ley imaginar otro tipo de efecto respecto del acto de un órgano estatal, eludiendo el que sea nulo, ya que evidentemente infringirá la Constitución y de manera directa y grosera. ¿Cómo podrá decir una ley que

venire – descubrir, hallar), sino de "creación", invento (de la nada/sin asidero normativo alguno), fruto de la fantasía o del ingenio, como si se tratara de un artificio o artefacto novedoso (sine mater).

¹² Hoy reunidos en "Derecho Administrativo" cit. t. 2, pp. 163-228.

¹³ Acto Jurídico, ya que los hechos/conductas y las omisiones no son nulas sino antijurídicas, como veíamos en parágrafo precedente, por las razones allí expuestas.

¹⁴ De todos, ya que no distingue la Constitución; por ello que esto tiene aplicación respecto de todo acto estatal, sea ley, acto administrativo, acto judicial, y acto contralor. Pretender reducirla a un tipo de actos es enteramente inconstitucional, y sin asidero alguno en la Constitución.

¹⁵ Bien vale recordar aquí la siempre vigente elocuencia ciceroniana: "Lo que distingue la civilización (romana) de la salvaje es la supremacía del Derecho sobre la fuerza; si no queremos adoptar aquel estado tendremos que escoger éste... Es pues necesario que prevealezca el Derecho". (*Pro Sestio* 49.92).

ese acto no es nulo si ya la propia Constitución lo declaró nulo? "Todo acto en contravención *es nulo*" (Art. 7º inciso 3º)¹⁶.

Y lo segundo, porque *es la Constitución* la que declara la nulidad del acto, dictado en su contravención; y el juez sólo reconoce ese hecho al declararlo nulo en el respectivo fallo en que acoge la pretensión anulatoria, retrotrayéndose los efectos del fallo al instante mismo anterior a la dictación, restableciéndose así el imperio del Derecho, como si nunca hubiera existido dicho acto, pues que de verdad como *acto* no ha existido nunca en el ordenamiento, desde que la Constitución ha impedido su entrada en él. al declararlo *nulo*, es decir, que "no es" acto que eso significa nulo¹⁷.

II. UN ANÁLISIS INTRASISTEMÁTICO

El análisis hecho (I) jamás debe desconectarse del sistema en que se inserta, que es la Constitución, la cual si bien consagra de modo claro y firme la "supremacía" de sus disposiciones frente a toda otra norma del ordenamiento chileno y su operatividad directa (Art. 6º incisos 1º y 2º), consagra tal principio fundamental como un medio de asegurar la "servicialidad del Estado" en cada uno de sus funciones y órganos (Art. 1º incisos 4º y 5º inciso 2º), única manera que pueda ser operante y vigente la primacía de la persona humana, que es la clave de la Carta Fundamental, ya que la persona es el sujeto, principio y fin de toda sociedad, y de todo Estado.

De allí que la nulidad de derecho público, que ha sido establecida como el mecanismo fundamental para eliminar del ordenamiento jurídico los actos dictados en contravención a la Constitución, opere de pleno derecho, por el solo ministerio de ella, tan pronto como se incurra en tal infracción. Pero ha de recordarse que este efecto que la Carta de 1980 (y antes de 1925 y 1833) atribuye a los actos que la vulneran no puede afectar los derechos de las personas que hubieran adquirido al amparo de esos actos, si éstos recibieron aplicación y los adquirentes/destinatarios de los actos estaban de buena fe, esto es, ajenos al vicio con que ellos fueron dictados. Si se pretendiera, sea por el administrador, sea por el juez, incluso por el legislador, pasar por encima de los derechos adquiridos, desconociéndolos a pretexto de su origen, estarían actuando no con el pleno respeto de ellos que exige la Constitución para la promoción del bien común (Art. 1º inciso 4º), haciendo cargar a esos adquirentes con la negligencia, descuido o torpeza de la autoridad administrativa que no tuvo el suficiente y debido cuidado al actuar de la manera viciada con que lo hizo. Nadie puede, válidamente, pretender traspasar a otro la torpeza propia (*nemo allegans propriam turpitudinem*), principio elemental infinisecular de respeto a la equidad y a la buena fe, bases primigenias de todo Derecho¹⁸.

¹⁶ La norma del Art. 10 del Código Civil, que alguno pudiera invocar, se refiere a materia entre privados, y jamás -es más que obvio, por poco que se conozca el Derecho Público chileno- podrá pretender sobreponerse normativamente a la propia Constitución; de allí que tal invocación es enteramente impertinente.

Por lo dicho en el texto, tampoco es posible admitir la convalidación (véase mi "Derecho Administrativo" cit. t. 2, pp. 100-108).

¹⁷ Para mayores antecedentes, vid. nuestro comentario a "Corporación Dignidad", en RDJ t. 91 (1994) 2.-5,121-127, espec. 125-127.

¹⁸ La Jurisprudencia en esto es bien constante (véase mi "Derecho Administrativo" cit. t. 2, pp. 194-211); recientemente véase "Forestal del Sur", RDJ t. 93 (1996) N° 2 (en prensas), excelente fallo en donde se precisa la noción de buena fe.

Por ello es que no cabe admitir -como algunos pretenden- que la Constitución haya previsto la potestad invalidatoria de la Administración, ya que, además, de no estar ella a nadie atribuida expresamente (como lo exige el inciso 2º del Art. 7º, bases de la institucionalidad), sería -en la medida que fuera contra derechos adquiridos de buena fe- contradictoria enteramente con el Art. 1º inciso 4º parte final, con el artículo 5º inciso 2º, y con el artículo 19 Nº 24 incisos 1º y 3º, y también con el Art. 73, que entrega de modo exclusivo y excluyente a los Tribunales de Justicia el resolver contiendas entre partes, como es la validez o invalidez de su acto jurídico (v. gr. acto administrativo) que ha producido efectos de beneficio en el patrimonio de sus destinatarios.

Otro aspecto que ha de considerarse -ya respecto de los actos sancionatorios- es el de la responsabilidad del Estado que origina el daño producido por un acto nulo y que ha tenido aplicación. Como actualmente existen muchos litigios¹⁹ en tramitación que inciden en este tema, no me parece adecuado entrar en el asunto, que lo dejamos, entonces, para una próxima ocasión.

¹⁹ V. gr. "Texier c/Fisco", "Baltra c/Fisco", "Lazo c/Fisco", entre otros.