

REFLEXIONES Y BASES ACERCA DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

JORGE REYES RIVEROS
Pontificia Universidad Católica de Chile

PRIMERA PARTE

Si existe nulidad de Derecho Público en Chile y si ésta opera siempre de pleno derecho.

I. INTRODUCCION

Mientras en los países europeos, especialmente en Alemania, España e Italia, existe un desarrollo jurídico, positivo y doctrinal, abundante y de importancia, de tal manera que puede hablarse con propiedad de que existe un sistema o teoría de Nulidad de Derecho Público, en Chile las normas que la Carta Política y la ley consagran son más bien escasas e insuficientes. Este hecho origina una gran dificultad para entender cuál es y en qué consiste el régimen o sistema de nulidad de Derecho Público. Más aún, lo anterior puede llevar, como ha ocurrido, a propugnar posiciones extremas que acarrearán más efectos perniciosos que útiles, que entraban a la autoridad en el ejercicio legítimo de la obtención del bien común y todavía limitan las posibilidades del administrado de una mayor gama de defensas respecto de sus derechos subjetivos y de sus intereses legítimos.

La omisión normativa en Chile en que han incurrido, por más de quince años, los órganos colegisladores en orden a la dictación de la ley del contencioso administrativo (art. 38, inciso 2º), a la aprobación de la ley sobre los procedimientos administrativos (art. 60 N° 18) y al perfeccionamiento de la ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (arts. 87 7 88) ha contribuido en forma manifiesta e importante a la ausencia de una teoría sistemática, eficaz y eficiente de la nulidad de Derecho Público. Lo anterior resulta agravado si se considera que las pocas normas constitucionales atinentes a la materia, no son claras y las existentes podrían estimárselas contradictorias en algún sentido.

Por lo tanto, lo que en primer lugar corresponde y ello tanto a la cátedra como a los publicistas y a los que acuerdan conclusiones en seminarios sobre la materia es señalar este deber incumplido y a la vez pedir a las autoridades correspondientes - que al respecto debieran dar el ejemplo en cuanto al cumplimiento de las normas constitucionales- la dictación de los órdenes jurídicos a que se ha hecho referencia, a fin de que, entre otros, el tema de la nulidad de Derecho Público sea regulado y desarrollado como se hace necesario.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA DOCTRINA Y DEL DERECHO COMPARADO¹.

¹ Ramón PARADA. Derecho Administrativo. Parte general Marcial Ponds. Ediciones Jurídicas S.A. Madrid 1995. Séptima Edición. T.1, Págs. 191 y siguientes. Este autor expresa: "*Las razones comúnmente invocadas para explicar la diferencia de la regulación de la invalidez en el Derecho administrativo y civil y en especial la reducción al mínimo de los supuestos de nulidad absoluta en aquél son la necesidad de preservar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica, que resultaría perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta.* La regulación legal enlaza en todo caso con una jurisprudencia tradicional muy tolerante con los vicios del acto administrativo que advertía de *la prudencia con que ha de abordarse la invalidez de los actos administrativos.* Como dice la Sentencia de 21 de enero de 1936 -recordada, entre otras, por la de 17 de junio de 1980- "en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades, *dada la complejidad de los intereses que en los actos administrativos entran en juego; y así, mientras en el Derecho Civil la teoría general de la eficacia de los negocios jurídicos abarca indistintamente las nulidades de forma y las de fondo si no hay quebrantamiento o lesión del derecho de un tercero, y pese al sentido amplio y generalísimo con que está redactado el precepto del artículo 4 del Código Civil, expresivo de que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, a menos de que la ley misma ordene su validez, la jurisprudencia administrativa no ha vacilado en sentar que cuando las leyes y los reglamentos administrativos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el cometido entraña nulidad, depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas*" Esta misma "parsimonia" y prudencia de nuestra vieja jurisprudencia y de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en el tratamiento de la invalidez de los actos administrativos, se refleja también, en el Derecho positivo alemán que, entre otras normas restrictivas de la invalidez, prescribe que "*un acto administrativo no puede ser anulado por la sola consideración de que sea dictado con infracción de las normas reguladoras del procedimiento, la forma o la competencia, cuando en cualquier caso se hubiera tenido que adoptar la misma decisión*". (art. 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976).

"La concepción restrictiva de la invalidez de pleno derecho que consagró la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 -pero que ha ampliado la Ley vigente, según dijimos- ha servido de modelo, mutatis mutandis, a la regulación de las clases de invalidez de los actos judiciales establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y es también la que rige en el Derecho Administrativo comparado. Puede, pues, considerarse como el derecho común de la invalidez de los actos de poder público.

"Los actos judiciales sólo son nulos de pleno derecho cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; cuando se realicen bajo violencia o intimidación racional y fundada en un mal inminente y grave; y, por último, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que, efectivamente, se haya producido indefensión. De otra parte, las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo. Por último, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las reglas de la incomunicación de la invalidez de forma que la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos cuyo contenido hubiere permanecido invariable, ni la nulidad de una parte afectar al resto que sea independiente de ésta, admitiéndose la subsanación de los vicios en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales (arts. 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985).

"En Francia, se constata una "répugnance de droit administratif por la théorie de l'inexistence" categoría que juega el papel de la nulidad absoluta. Por ello, el Consejo de Estado

ha aplicado, prudentemente, con una sanción reforzada para casos extremos de ilegalidad (firma del acto por persona manifiestamente incompetente, como en el caso de un subalterno sin poder de decisión, la deliberación de una asamblea que no es una autoridad administrativa) en los que, en vez de proceder a la anulación del acto administrativo, declara que éste es "nul et de nul effet" o también que es "nul et non avenu", declaración que se puede hacer en cualquier tiempo, a diferencia de las declaraciones de anulabilidad sujetas a los plazos previstos para el ejercicio de los recursos. La mayor parte, pues, de los vicios e infracciones del ordenamiento en que incurren los actos administrativos dan origen, en el Derecho francés, a lo que entre nosotros se denomina nulidad relativa o anulabilidad y que en palabras de BRAIBANT constituye la "ilegalidad normal". En esos tipos de vicios se incluyen los vicios de incompetencia (*ratione loci, materia et temporis*), la omisión de formalidades sustanciales, la violación de las reglas de derecho aplicables al fondo del acto (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, cosa juzgada asimilada a la violación de la ley, principios generales del Derecho, excluyéndose de esa consideración la violación de los contratos, las convenciones colectivas de trabajo y las circulares), los defectos de causa o motivos (inexactitud o bien defectuosa calificación de los hechos invocados como motivos), la desviación de poder (*détournement de pouvoir*) mediante la utilización de las potestades administrativas con finalidad diversa de aquella por la que fue otorgada por el Ordenamiento, supuestos que, en buena medida, HAURIOU identificaba más que de infracción de la ilegalidad como de violación de la moralidad administrativa.

En Alemania es también tradicional la contraposición de la invalidez de los actos privados y los actos administrativos: "mientras en el Derecho privado -como dice FLEINER- se considera generalmente nulo un negocio jurídico que incurra en cualesquiera infracción, en el Derecho público sólo se toman en consideración infracciones gravísimas de la ley para que se produzca tal efecto. Únicamente se considera nula aquella orden que carece de algún elemento jurídico esencial". Por su parte la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 establece que un acto administrativo sólo es nulo si incurre en "un vicio especialmente grave" que pueda ser apreciado en una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes. Además, un acto es nulo cuando el acto es de contenido imposible; cuando haya sido dictado por órgano administrativo sin competencia territorial en relación con bienes inmuebles o relaciones jurídicas vinculadas a un determinado territorio; la falta de forma especial, cuando así lo establezca una norma (como las credenciales de nombramientos de cargos públicos o concesionarios) y cuando su cumplimiento supone una acción sancionada penalmente o mediante una multa administrativa, y, por último, cuando va contra las buenas costumbres. Por otra parte, se dispone que un acto administrativo no es nulo por la simple consideración de que no se hayan respetado las reglas de la competencia territorial salvo en el caso anterior; cuando haya actuado una de las personas declaradas incompatibles salvo que sea precisamente la que ha decidido el asunto; cuando no haya actuado una comisión de intervención preceptiva en la producción del acto; por último, cuando no haya colaborado en la producción del acto otro órgano administrativo cuando su intervención sea, asimismo, preceptiva.

En Italia se distingue dentro de los actos ilegítimos -categoría que se contrapone a los inoportunos o viciados de mérito- las categorías de la nulidad absoluta y la anulabilidad. La categoría de los actos nulos o inexistentes se reserva para aquellos en que falta algún elemento esencial, citándose al respecto la incompetencia absoluta, por tratarse de funciones que pertenecen a otros poderes del Estado o que se ejercen sobre materias completamente extrañas a las atribuciones del órgano que dicta el acto; inexistencia del objeto, de la voluntad (violación ejercitada sobre el titular del órgano), de la causa, del contenido (por imposibilidad o manifiesta contradicción con la ley) y por inexistencia de forma exigida ad substantiam. Los actos son simplemente anulables por incompetencia jerárquica, exceso de poder y violación de la ley, vicios que se resumen en la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico, como venía a decir el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Por último, fuera de los supuestos de invalidez por vicios de legalidad, se alude a los actos revocables como los dictados de conformidad con la ley, pero que adolecen de algún vicio de oportunidad o mérito por no haber sido adoptados del mejor modo posible desde el punto de vista no jurídico (ético, económico,

La concreción jurídica positiva en España, Alemania e Italia al igual que la doctrina de los publicistas de estos países relativas al tema en examen revelan una consagración de la teoría de las nulidades de Derecho Público.

La doctrina podría sintetizarse en dos puntos fundamentales.

A. *El primer carácter de tal teoría consiste en que ella es independiente de la del Derecho Privado*

Las razones que se invocan al respecto son las siguientes:

Por un lado, "la necesidad de precisar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa", y por otro, "la seguridad jurídica", que resultaría perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta. Es decir, la necesidad de una regulación diferente a la que consagra el Derecho Privado se justifica principalmente por la injusticia que esta última clase de nulidad puede engendrar, puesto que no es posible convenir en una teoría que creará situaciones más graves que las que se trata de evitar.

La razón primera de la presunción de validez y de eficacia de los actos administrativos no parece aceptable. Hay, por lo demás, un estudio del profesor Iván Aróstica sobre la materia en el sentido de rechazar tal presunción de legalidad². Preciso es señalar asimismo que en la Comisión de Estudios de la Carta Política de 1980 hay un valioso antecedente para coincidir con aquella premisa³ y que además, profesores

técnico, etc.). La revocación, a su vez, puede ser de ex tunc, con efectos similares a la anulación y la revocación ex nunc o abrogaciones, para los supuestos de inoportunidad sobrevenida."

² Iván ARÓSTICA MALDONADO. ¿Qué queda de la presunción de legalidad? En Revista de Derecho y Jurisprudencia T. 88, N° 1, 1991, Págs. 1-7.

³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión N° 411, Págs. 3442 y 3443, en la que se expresa y acuerda lo siguiente:

"El señor Ortúzar (Presidente) dice que en el artículo 6°, según el cual "las autoridades públicas someten su acción a la Constitución y a toda norma dictada conforme a ella", la señora Bulnes propone eliminar la frase "y a toda norma dictada conforme a ella". Concuere con dicha supresión por estimar que muchas autoridades, considerando que una determinada norma no ha sido dictada conforme a la Constitución, podrían prescindir de ella.

"El señor Guzmán opina que la disposición plantea la obligación de las autoridades de someterse al Derecho, a la ley, y estima que, desde este ángulo, el sometimiento a la Carta Fundamental es el aspecto más relevante del tema, pero que no lo agota. Considera evidente que en un Estado de Derecho las autoridades deben someterse a todas las normas jurídicas dictadas de acuerdo con la Constitución y las leyes, en general. Pienso, por ello, que la disposición quedaría trunca si se suprimiera la última frase, tanto más cuanto que fue consignada en las Actas Constitucionales, por lo que podrá prestarse para interpretaciones equívocas.

"El señor Ortúzar (Presidente) aclara que él estimó que esa podrá ser la razón de la observación de la señora Bulnes.

"El señor Guzmán cree que el problema podría ser superado teniendo presente que existen mecanismos constitucionales para dejar sin efecto las leyes que contravengan la Carta Fundamental.

"El señor Bertelsen considera que toda norma jurídica goza de una presunción de validez mientras no haya sido declarada inaplicable o inconstitucional, lo cual, en todo caso, no está a cargo de la autoridad administrativa.

"-Se acuerda mantener la disposición en los términos propuestos, pero dejando constancia de la interpretación dada por el señor Bertelsen".

del ramo, como don Enrique Silva, concuerdan con tal presunción⁴.

Lo cierto, desde el punto de vista que el expositor maneja, es que la presunción de legalidad no es necesaria para explicar la vigencia y la obligatoriedad de los actos administrativos. Ellos son obligatorios, son ejecutivos y gozan, limitadamente, del principio de acción de oficio o ejecución forzosa, llamada también ejecutoriedad. Todo lo anterior es lo que constituye el carácter imperativo o protestativo del acto administrativo. La explicación, en nuestro derecho, es de orden constitucional y el razonamiento es aplicable a la ley, a la sentencia judicial como a cualquier otro orden jurídico público potestativo emanado del Estado, como un tratado internacional, por ejemplo.

Todos esos actos gozan de imperatividad -son obligatorios y pueden ejecutarse, limitadamente, de oficio- por cuanto son manifestaciones del ejercicio de la soberanía. El artículo 5º de la Ley Fundamental prescribe que la soberanía, poder de mando-obediencia, reside esencialmente en la Nación y que tal poder de mando se ejerce, entre otros, por las autoridades que la Constitución Política establece. Al Presidente de la República, de acuerdo con lo prescrito en los arts. 24 y 32 Nº 8 compete la función de administrar el Estado y la potestad reglamentaria que lo habilita para dictar reglamentos, decretos e instrucciones. Además la Carta Política prevé un conjunto de autoridades que conforman la Administración del Estado (art. 38) y el Primer Mandatario ejerce la administración aludida con la colaboración y por intermedio de tal Administración (art. 33, y 3º y 103 de la Carta Política y 1º de la ley 18575).

En consecuencia, el Presidente de la República y los órganos de la Administración del Estado son autoridades que la Constitución establece y a quienes atribuye o compete el ejercicio de la soberanía (potestad reglamentaria).

Si se tiene presente que el artículo 6º, inciso 2º, prescribe que los preceptos constitucionales obligan a toda persona, institución o grupo y por cierto al Estado, no cabe duda que los actos de las autoridades establecidas por la Constitución que concretan el ejercicio de la soberanía son obligatorias para toda la comunidad nacional.

B. *El segundo elemento de la doctrina en comento apunta a la división entre diversas posibilidades de sanción frente a transgresiones del principio de juridicidad en los actos administrativos con las causales, características y efectos de cada especie.*

Así se distingue:

B.1. *Posible inexistencia*, aunque muy discutida. El catedrático, don Enrique Silva C. asegura que en Chile no hay inexistencia jurídica⁵. El tratadista Ramón Parada también plantea duda acerca de la conveniencia de tal doctrina⁶.

⁴ Enrique SILVA CIMMA. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Actas, Contratos y Bienes). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1955 pág. 145 que dice: "Tampoco puede olvidarse que la presunción de legitimidad del acto administrativo está amparado en todos los actos emanados de la Administración".

⁵ Enrique SILVA CIMMA. Ob. Cit. págs. 145 y sgtes.

⁶ Ramón PARADA. Ob. Cit. Edic. 1995, págs. 194 y 195.

"La aceptación de la categoría de los actos jurídicos inexistentes tropieza, en primer lugar, con su carácter metafísico o metajurídico, ya que "así como en la naturaleza no hay hechos nulos, sino que los hechos existen o no existen, en el orden jurídico de los actos

B.2. Nulidad de pleno derecho

Ella se reduce a operar en los casos de concurrencia de vicios groseros que determina la ley. Ejemplos, actos provenientes de órganos manifiestamente incompetentes. Igual cosa respecto de actos de objeto imposible o delictual o en los casos que se prescinde total y absolutamente del procedimiento legal, o de las normas esenciales para la formación del consentimiento.

Es además, la nulidad de excepción, porque se encuentra limitada, como se expresó, a los casos especiales de vicios groseros del acto administrativo previstos por la ley y que dan lugar a esta nulidad.

Respecto de ella no es procedente ni la conversión ni la convalidación del acto administrativo; el juez puede declararla de oficio y siempre, sin que obste a ello el transcurso del plazo de prescripción; también la puede declarar la propia Administración; y los efectos que tal nulidad origina se retrotraen al instante del perfeccionamiento del acto nulo (*ex tunc*).

B.3. La Anulabilidad

Es la nulidad que constituye la regla general frente a los vicios del acto, esto es, para todas aquellas causales que no dan lugar a nulidad de pleno derecho o no consistan en irregularidades no invalidantes. En lo que a esta nulidad concierne, puede tener

sólo puede decirse que valen o no valen" (Pérez González y Alguer). De otro lado, se advierte que *la categoría de la inexistencia es inútil* porque la teoría de la nulidad absoluta o del pleno derecho cubre hoy las necesidades a las que en su día dio cobertura la inexistencia. Por eso, como dice Santa María, *el mayor escollo de la teoría de la inexistencia es su diferenciación de nulidad*, ya que, aun cuando sea posible la diferenciación teórica, en la realidad, la distinción resulta prácticamente imposible porque en la mecánica judicial de aplicación del Derecho el acto inexistente posee un régimen idéntico al del acto nulo. De aquí también que la razón de la persistencia de esta categoría en la moderna doctrina se encuentre exclusivamente en consideraciones prácticas: constituir un instrumento que permite suplir las deficiencias de la construcción técnica de la nulidad, bien para introducir nuevos supuestos allí donde las nulidades aparecen tasadas, como ocurre en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, bien para facilitar su ejercicio procesal cuando no se reconocen los poderes de oficio para declararla o cuando la acción de nulidad se considera prescriptible.

"En este sentido, la jurisprudencia francesa ha utilizado la categoría de la *inexistencia* de forma análoga a la del *acto nulo de pleno derecho*, para impedir la eficacia de una actuación que de acto administrativo no tiene más que el nombre y para evitar que por la fugacidad de los plazos procesales pudieran quedar impunes las mayores irregularidades del acto administrativo. Otra ventaja de la categoría de la inexistencia en el Derecho francés es que permite, en el marco de la *voie de fait*, su apreciación tanto por la *jurisdicción ordinaria* como por la *administrativa*, excepcionando el principio general según el cual pertenece en exclusiva al juez administrativo la potestad de anular los actos ilegales. En todo caso es claro que más que una categoría superior de la invalidez por encima de la nulidad absoluta viene a confundirse con ésta ante la falta de una regulación como la de nuestra Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

"En la *jurisprudencia española*, mientras *algunas sentencias afirman la inaceptabilidad del acto inexistente* y *"de su carencia de efectos sin necesidad de declaración administrativa o judicial"*. (Sentencia de 29 de mayo de 1979), otras al igual que en la jurisprudencia italiana y francesa, parecen *asimilar el acto inexistente al acto radicalmente nulo en supuestos de incompetencia manifiesta* (Sentencia de 11 de mayo de 1981), pero sin que en ningún caso lleguen a establecer un régimen jurídico diferenciado, es decir, un tercer grado de invalidez superior al de la nulidad de pleno derecho (Sentencias de 4 de marzo de 1981 y 21 de noviembre de 1983).

lugar tanto la figura jurídica de la conversión como la de convalidación del acto viciado y aún la incomunicabilidad de la parte viciada a otras sanas del mismo acto. La acción para solicitarla es prescriptible y el Juez sólo puede declararla a instancia de parte, sin perjuicio de que la propia Administración, de oficio o petición de parte, pueda también invalidar el acto. Los efectos de la declaración de nulidad se originan a partir de su declaración (ex-nunc).

B.4. Irregularidades no invalidantes

Hay ciertos vicios que no dan lugar a la anulabilidad por tratarse de defectos de menor entidad como serían irregularidades de forma que no priven al acto de los requisitos indispensables para alcanzar un fin ni originen la indefensión de los interesados. En este caso, habrá un acto irregular pero válido.

III. BASES QUE EN OPINIÓN DEL EXPONENTE PROCEDERÍA ESTABLECER EN LA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA LEY QUE PERMITAN SUSTENTAR UN SISTEMA CLARO, EFICAZ Y EFICIENTE EN LO QUE CONCIERNE A LOS VICIOS O IRREGULARIDADES DE LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Ante la ausencia de una normativa eficaz en la materia, adquiere enorme importancia lo que la jurisprudencia administrativa y judicial, y por cierto, lo que la doctrina, elaboren sobre las pocas bases normativas que existen y naturalmente con la prudencia que el tema amerita.

Me permito, en todo caso, tener la audacia de sugerir algunos criterios de acercamiento al tema.

Lo que en primer término correspondería abordar es la consideración del sistema en la Ley Fundamental, y concebido sobre bases diferentes al de las nulidades del Derecho Privado. La Constitución Política podría consagrar el principio rector según el cual se comete a la ley determinar las sanciones y responsabilidades en caso de infracción al ordenamiento jurídico en los actos de las autoridades públicas como actualmente establece el inciso 3° del art. 6°. Debería entenderse que tal cometido involucraría además, el que la ley pudiera prever que, en caso de transgresiones de menor entidad, la sanción no consistiera en la nulidad del acto, sino que sólo se procedería a adoptar sanciones administrativas para el autor de ella u otra consecuencia.

En segundo lugar, estimo que la Carta Política tendría que considerar, programáticamente, que habría tres sistemas diferentes, según se tratara de vicios en la ley, en los actos jurisdiccionales y en los actos administrativos.

La teoría respecto de las infracciones a la Constitución en la ley tendrían que considerar dos etapas en la propia Carta Política.

La primera durante el proceso de formación de la ley y hasta antes de su promulgación, confiriendo al Tribunal Constitucional la exclusividad de la competencia al respecto lo que llevaría a consagrar el control preventivo obligatorio *de todas las leyes*.

La segunda, el control posterior o represivo respecto tanto de las infracciones formales y de fondo a la Constitución Política en un doble aspecto a través del recurso de inaplicabilidad, de competencia exclusiva de la Corte Suprema, y además el deber de todo tribunal al interpretar las normas decisorias de un asunto sometido a la

jurisdicción con el principio de supremacía constitucional, esto es, de preferir aplicar la Constitución y no la ley cuando entre ambos textos existiera contraposición, sin que ello importe la nulidad de la ley. Esto último también sería aplicable a la Contraloría General en el trámite de la toma de razón.

El sistema para las infracciones en el orden jurisdiccional debe ser desarrollado en la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial y en los Códigos respectivos atendido las especiales particularidades de la jurisdicción.

La teoría respecto del acto administrativo deberá asimismo establecerse de manera principal en la Ley de Procedimientos Administrativos, sin perjuicio de su complementación en la ley del contencioso administrativo y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República como también en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

El desarrollo de este sistema tendría que contemplar principalmente, además del concepto de nulidad, las clases de ella, si las hubiera; las causales de nulidad, la autoridad encargada de su declaración o de su reconocimiento, según los casos; las características y efectos; considerar la convalidación, conversión y la incomunicación de la parte viciada a la parte sana, la prescripción, y finalmente casos y situaciones en que no es procedente la nulidad frente al principio de buena fe, como asimismo la figura de los actos irregulares pero válidos.

IV. ¿CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA UNA NULIDAD DE PLENO DERECHO COMO ÚNICA SANCIÓN POSIBLE A LA TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD EN LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS?

Desde largo tiempo, se ha propugnado la teoría de las nulidades de Derecho Público caracterizada como una nulidad de pleno derecho, aunque aplicable "solamente para los actos administrativos".

A. *Teoría profesada por don Mario Bernaschina*⁷

Dicho catedrático ha propiciado que "la nulidad de los actos emanados de los órganos estatales es de carácter especial, que no puede ser considerada en la misma forma que la nulidad civil".

"Por ningún motivo las partes podrían ratificar el vicio que invalida un acto y que no se sana ni siquiera por el transcurso del tiempo, pues el acto nulo no puede producir *efecto alguno* como acto jurídico estatal desde el momento en que no puede ser imputable al Estado, como ordenamiento jurídico, porque ha sido dictado fuera de ese ordenamiento con infracción de las normas jurídicas.

"Asimismo, no es necesario que ella sea declarada por la autoridad, salvo las excepciones expresas que la ley establece, de manera que antes y después de su declaración, si es que procede y se hace, el acto no puede producir efecto alguno".

Para arribar a estas conclusiones ha considerado lo dispuesto en los artículos 4º, 23 y 75 de la Constitución Política de 1925, cuyas partes finales "contienen las bases constitucionales para las teorías de las nulidades de Derecho Público", pues demues-

⁷ Mario BERNASCHINA G. Bases *Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas*. En Boletín de la Contraloría General de la República. Año 1950 T.II. Págs. 401 y siguientes.

tran claramente que no puede producir efecto el acto que exceda la competencia legal o que no cumple las formalidades constitucionales.⁸

Agrega, más adelante, que toda norma que fuere dictada al margen de la competencia del órgano da lugar a la nulidad o bien a la anulabilidad o ilegalidad. La primera no necesita de declaración, pero sí la segunda. Ejemplo típico de anulabilidad serían las nulidades procesales; otro sería el de inconstitucionalidad de la ley. Por consiguiente sobre los actos administrativos habría nulidad; por ello se trata de una nulidad relativa, concerniente a los actos administrativos.⁹

⁸ Los artículos 4, 23 y 75 de la Carta Política de 1925 rezaban:

Artículo 4. - "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. *Todo acto en contravención a este artículo es nulo*".

El artículo 23º de la misma Constitución dice: "Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de la fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, *es nula de derecho y no puede producir efecto alguno*".

Artículo 75. - "Todas las órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro del departamento respectivo *y no serán obedecidas sin este esencial requisito*".

⁹ Mario BERNASCHINA G. Ob. Cit., Págs. 401 y siguientes, quien dice:

"Relacionando lo que se ha dicho anteriormente podemos distinguir algunas diferencias entre los conceptos de nulidad y anulabilidad o ilegalidad. Tanto una como otra institución importan la existencia de una norma dictada fuera de la competencia de un órgano; o sea, una norma que excede las facultades legales.

"Sin embargo, la legalidad presupone declaración posterior; la anulabilidad, que es también el nombre que se le da, denota la necesidad de recurrir ante la autoridad para que sea reconocida. En cambio, la nulidad es el efecto de un acto realizado fuera de la competencia estatal, no es necesario solicitar esta declaración, el acto carece de valor jurídico. Una vez declarada la ilegalidad o aceptada la solicitud de anulabilidad el acto también se anula.

"El ejemplo típico de ilegalidad o anulabilidad lo constituyen las llamadas nulidades procesales. El acto procesal vale mientras el tribunal no lo anule; si no se reclama del vicio el acto seguirá produciendo efectos jurídicos, y, en el caso de la llamada nulidad relativa procesal, las partes pueden validar el acto por su ratificación o por renuncia de los recursos pertinentes.

"La inconstitucionalidad de las leyes es otro ejemplo especial de anulabilidad. En estricta doctrina el acto legislativo contrario a la Constitución debería ser nulo o no tener valor alguno; pero, el orden jurídico superior señala a esta infracción un efecto diferente desde el momento en que debe alegarse el vicio ante un tribunal especial fijado por la propia Constitución. En sus efectos tampoco existe una solución única; la ley puede ser derogada por el tribunal revisor o, simplemente, se suspende su aplicación en el juicio en que se alegó la inconstitucionalidad.

"En los dos casos indicados más arriba sólo opera la anulabilidad. En cambio, las normas administrativas atacadas de un vicio de nulidad son nulas por regla general; por excepción opera en ellas la anulabilidad, sin que, por su parte, impida negarle todo valor al acto dictado fuera de la competencia de los órganos administrativos".

Este autor, en otra consideración, afirma: "que la principal característica de la teoría de las nulidades de Derecho Público es su relatividad".

"No tiene aplicación general, sino que solamente para los actos administrativos: es decir, se convierte, de acuerdo con las normas positivas en una teoría de las nulidades administrativas".

En efecto expresa: "las sentencias y otras normas que puedan emanar de los tribunales no pueden ser desobedecidas alegando su nulidad o su carencia de valor, porque el imperio de la justicia y la independencia de que se ha rodeado al poder judicial se oponen a ello.

B. *Crítica del catedrático don Enrique Silva Cimma a la anterior doctrina*¹⁰

Dicho autor manifiesta que conjuntamente con el profesor don Patricio Aylwin Azócar, han discrepado de la teoría de la nulidad de derecho público ipso jure por lo que a continuación expone:

1) El acto administrativo no puede entenderse nulo de pleno derecho, porque, en el Derecho chileno, tiene un carácter orgánico-formal y que goza de la presunción de legalidad mientras no sea declarado nulo. Lo contrario llevaría a la anarquía dentro de la Administración del Estado, puesto que cualquier funcionario al cual gravara el acto discutiría la competencia del Primer Mandatario, con lo que el principio de jerarquía se desnaturalizaría.

2) Aparte de que la doctrina del Sr. Bernaschina no señala las causales que originan la nulidad del acto administrativo, pues sólo se alude al acto incompetente y al acto ilegítimo, no contempla la distinción que cabría desprender respecto del abuso de poder, del exceso de poder y de la desviación de poder.

3) Afirma que el distinguo entre nulidad y anulabilidad no tiene trascendencia.

4) Los artículos 4, 23 y 75 de la Ley Fundamental de 1925 no tienen el alcance que se les asigna. Sólo el artículo 23 contendría una nulidad absoluta, pero no los artículos 4 y 75. El 4 no señala que hay nulidad de pleno derecho y el 75 sólo ordena un especial efecto para el acto: que no sea obedecido si carece de la firma del Ministro correspondiente.

En síntesis, concluye en que en Chile no hay inexistencia jurídica, por tratarse de un derecho orgánico formal, en que la nulidad se rige por normas particularísimas y diferentes de la del Derecho Privado; en que los arts. 4, 23 y 75 de la Carta Política de 1925, actuales incisos 2º y 3º del art. 7º y 35, inciso 1º, de la Ley Fundamental vigente "constituyen simplemente normas de llamado de atención para el legislador y para el administrador de los principios, instituidos por el constituyente con el propósito claro de reforzar el régimen de legalidad de los actos públicos..."; en que no es posible, en nuestro derecho, distinguir entre nulidad y anulabilidad; y en que la nulidad debe ser declarada.

C. *Renovación de la doctrina de la nulidad de Derecho Público de pleno derecho.*

En los últimos años, la doctrina de la nulidad de Derecho Público de pleno derecho ha cobrado un nuevo vigor en nuestro país.¹¹

Es preciso, pues, que se ejercite la anulabilidad del acto en el juicio correspondiente por medio del recurso ordinario de ilegalidad o alegándola como excepción".

"Igualmente, se ha estudiado la nulidad de los actos legislativos contrarios a la Constitución. Ella no produce otros efectos que los indicados en el inciso 2º del artículo 86 de la Carta Fundamental. La declaración de ilegalidad -inconstitucional o inaplicabilidad- tiene valor sólo para el juicio en que se hizo valer, la norma continúa siendo válida y debe aplicarse por los demás tribunales en todos los demás juicios".

¹⁰ Enrique SILVA CIMMA, Ob. Cit. Págs. 144 y siguientes.

¹¹ Eduardo SOTO KLOSS. Derecho Administrativo, Bases Fundamentales T.II. El Principio de Juridicidad. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1996, Págs. 163 y siguientes.

Gustavo FIAMMA OLIVARES. *Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Objetiva*. Gaceta Jurídica N° 123 de septiembre de 1990. Págs. 7 a 12 y

La Acción Constitucional de Nulidad: Un Supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo. En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales T. LXXXIII N° 3, septiembre-diciembre de 1986. Págs. 123 y siguientes.

Sobre la base del exclusivo tenor literal del artículo 7° de la Ley Fundamental y de su génesis, ella ha sido elaborada.

C.1) El tenor literal del artículo 7° de la Constitución Política

Dicho precepto dispone que la validez de la actuación de los *órganos del Estado* supone la investidura regular de sus integrantes, que actúen dentro de la competencia y que respeten las formas legales. Agrega que nadie podrá atribuirse otra autoridad o derechos, ajenos a los que expresamente la Constitución o las leyes les confieran. Termina diciendo que *el acto que contravenga las disposiciones anteriores es nulo* y originará las responsabilidades que la ley señale.

La interpretación estricta y exclusivamente gramatical de dicha preceptiva conduce a propiciar que toda actuación de cualquier órgano del Estado no es válida sino nula cuando las personas naturales que actúan en las entidades estatales no poseen la investidura regular correspondiente, o cuando perfeccionan actos al margen de su competencia o bien cuando no respeten las formas legales, sin distinción alguna. Consolida esta idea el inciso 2° que prohíbe actuar al margen de la competencia legal expresa y la prescripción final de la norma que dice *todo acto en contravención a este artículo es nulo*, lo que importaría que la nulidad lo sería por sí sin necesidad de mayor declaración que ésta.

C.2) La génesis del precepto en sus incisos 2° y 3°

Como las normas de estos incisos provendrían del art. 160 de la Constitución Política de 1833 y estas disposiciones se habrían concebido por don Mariano Egaña sobre la base de la idea de una nulidad ipso jure, no cabría duda alguna que la teoría tiene un fundamento muy fuerte en la gestación del precepto que le sirve de base.¹²

C.3) Efectos de la aplicación de la teoría

La doctrina en análisis, en síntesis, consiste en establecer que las transgresiones a lo dispuesto en aquella norma constitucional en los actos administrativos originan la nulidad de derecho público ipso jure. Por consiguiente no es posible sanear el vicio (conversión y convalidación) ni puede invocarse la figura jurídica de la prescripción, y además tal nulidad -prácticamente declarada por el constituyente- importa que el acto carece enteramente de validez jurídica desde su origen sin admitir eficacia provisoria alguna. El acto, por lo tanto, se traduciría en un puro hecho. El Juez debe limitar su labor sólo a comprobar la existencia del vicio o a reconocer una situación ya producida y por lo tanto los efectos de la sentencia serán retroactivos. Se agrega que, frente a un acto nulo, el afectado debe resistir su cumplimiento y esa resistencia se ha de traducir en interponer la acción de nulidad que le confiere el ordenamiento constitucional (art. 7° en relación con el art. 19 N° 3), u otro especial que prevea el ordenamiento, "teniendo siempre la posibilidad de solicitar la suspensión judicial del acto impugnado de nulo".

En resumen, concluye el profesor Soto Kloss, se trata de una "nulidad ipso jure, nulidad de derecho público porque el acto *de un órgano del Estado* ha sido realizado, emitido, dictado *contra constitutionem*, vulnerando, infringiendo, violando un precepto constitucional, lo que está expresamente prohibido y execrado por la Carta Fundamental, la cual ha impuesto esta nulidad ipso jure en virtud de una *rationne publicae utilitatis*".¹³

¹² Eduardo SOTO KLOSS. Ob. Cit. Págs. 168 y siguientes.

¹³ Eduardo SOTO KLOSS. Ob. Cit. Pág. 175.

V. UN DIFERENTE CRITERIO EN RELACIÓN A LA DOCTRINA ANTES RELATADA

Las razones que me motivan a disentir del juicio de que la nulidad de derecho público en Chile opera siempre de pleno derecho y más aun que cualquier vicio que afecte el principio de legalidad en el actuar de los órganos del Estado acarrea nulidad son las que a continuación expongo. Es conveniente señalar que esta tesis es compartida por numerosos profesores de Derecho Administrativo como los señores Enrique Silva C. -y al decir de éste por don Patricio Aylwin A., Arturo Aylwin A., Domingo Hernández E., Pedro Pierry A., entre otros.

A. Interpretación armónica de los preceptos constitucionales

La doctrina y la jurisprudencia en Chile es coherente en propugnar que la Constitución Política es un todo orgánico -de principios y preceptos- lo que significa que el sentido de cada una de sus normas debe ser determinado con la debida correspondencia y armonía, y sin que se les considere aisladamente.¹⁴

De acuerdo con este elemento interpretativo, habría que ponderar otras disposiciones, además del art. 7º, para averiguar si el Constituyente ha establecido ciertamente como única alternativa de sanción una nulidad ipso jure en caso de vicios de los actos de las autoridades.

Lo precedentemente señalado se vuelve más necesario aún si se considera que el inciso final del precepto citado, al decir que todo acto en contravención a este artículo es nulo, no expresa que tal sanción opere de pleno derecho, es decir, su sentido no es claro. El profesor Arturo Aylwin A., en intervención efectuada en seminario sobre el tema, organizado por la Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, en el año recién pasado, manifestó además: "La propia génesis del artículo 7º. Don Juan Egaña incorporó en una propuesta" -se refiere a la Carta Política de 1833- "la frase "de pleno derecho", y no quedó así en los textos constitucionales que con variantes, han quedado establecidos en la Constitución actual, la que emplea términos semejantes".

Hay varias normas por considerar.

A 1) El artículo 6º

Si bien el principio de juridicidad se encuentra establecido en diversos preceptos de la Ley Fundamental, en opinión del relator de estas reflexiones, el artículo 6º es el más genuino, el más determinante, de tal elemento.

Conviene destacar la riqueza de sus prescripciones:

En primer término, toda conducta de los órganos del Estado queda sometida a la Constitución Política, es decir, todo órgano del Estado y toda acción de ellos se encuentra regida por la Ley Fundamental y por ello el comportamiento de las autoridades debe respetar ese texto.

En segundo término, los ordenamientos jurídicos distintos o diferentes de la Carta Política y que ésta prevé como la ley, los tratados internacionales, los actos de

¹⁴ En este sentido se pronuncia el profesor José Luis CEA EGAÑA. "Bases para la interpretación auténtica de la Constitución". En Revista de Derecho Vol. VI 1979 Pág. 290. El Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada ha convenido en tal hermenéutica. Sentencias de 24-IX-85 y 21-XII-87.

Lo mismo en el acuerdo del Senado y el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaídos en la contienda de competencia entre los tribunales superiores de Justicia y la Contraloría General de la República.

los tribunales, los actos de control, los actos de la Administración, sean reglamentos, decretos o instrucciones, etc., se hallan en el deber de observar la Carta Política sometiéndose a sus normas. Además, todos estos órdenes jurídicos también deben ser acatados por los órganos del Estado en su accionar.

Como puede advertirse, todos los elementos positivos de la juridicidad se encuentran en esta prescripción, y por ello es la más genuina norma de consagración del principio de juridicidad.

Todavía, el precepto del art. 6° hace obligatorio a toda la comunidad nacional y con ello a las autoridades, el principio de juridicidad al establecer la obligatoriedad de la Constitución Política tanto para gobernantes como para gobernados y con ello de todos los órdenes jurídicos previstos en ella (llamado principio de bilateralidad).

Ahora bien, si se compara este precepto con el del artículo 7° -y no obstante que ellos dos se complementan en gran medida- fácil es advertir la mayor riqueza o extensión o campo del primero, puesto que el segundo sólo se refiere a la investidura regular de los integrantes de los órganos del Estado, a la competencia de dichos órganos y a los requisitos¹⁵ y forma exigidos por la ley.

Habida cuenta de estos antecedentes, sería posible entender cabalmente lo dispuesto en el inciso 3° y final del artículo 6°. Este precepto comete al legislador determinar "las responsabilidades y sanciones que generarán las infracciones a las normas de los incisos 1° y 2° de tal artículo, es decir, al principio de juridicidad. Lo anterior importa que el Constituyente de 1980 -con gran sabiduría y prudencia- ha preferido que por la vía de la ley -y salvo algunas excepciones- se establezcan las diferentes sanciones, sean nulidades u otras sanciones y con la posibilidad de proceder en forma diferente para actos legislativos, jurisdiccionales, administrativos, contractuales u otros, y también para que se precise las clases de nulidades y sus causas y efectos y aún que pudieran existir distintas sanciones a la de la nulidad respecto de ciertas infracciones, como en el caso de las doctrinariamente llamadas irregularidades no invalidantes.

En otro orden de consideraciones, sería preciso ponderar el hecho de que el artículo 6° mencionado es un nuevo precepto recién incorporado al texto primitivo de la Constitución Política de 1980, a diferencia del art. 7° que, en sus dos incisos finales, es una norma que proviene desde la Carta Política de 1833. Esta circunstancia importaría que el nuevo precepto ha contemplado un distinto criterio, en cuanto a sanciones que el incumplimiento del principio de juridicidad podría acarrear, es decir, que la nulidad no tendría necesariamente que aplicarse en todos los casos de infracción, ni menos que ella opere siempre de pleno derecho.

¹⁵ No obstante que el tenor literal del inciso 1° del artículo 7° sólo menciona "y en la forma que prescribe la ley", ha entenderse -según la historia fidedigna del establecimiento de las normas- que comprende a los requisitos que prescribe la ley. Así resulta de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 413 de 20-IX-78, pág. 3506 en la que se dejó constancia de lo siguiente: "La señora *Bulnes* encuentra confusa la redacción del inciso primero del artículo 7°, y expresa que quizás quedaría mejor en esta forma: "Los órganos del Estado actúan válidamente dentro de su competencia, previa investidura regular de sus integrantes, en la forma y con los requisitos que prescribe la ley". "El señor *Guzmán* opina que la expresión "y con los requisitos" está de más, puesto que si se dice "en la forma que prescribe la ley", ha de subentenderse que dentro de esa "forma están comprendidos dichos "requisitos". "Se acuerda suprimir la frase "y con los requisitos", en el precepto antedicho".

Al juicio precedente, también concurre el hecho de que las opiniones vertidas en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política (1980) respecto del art. 7º, no son nada de precisas y más aún hasta contradictorias en lo que toca a la nulidad de pleno derecho.

Así, en la primera fase de las discusiones (en julio de 1974) el acuerdo es el de redactar la norma diciendo que todo acto que infrinja la norma de *competencia* es nulo, y que las nulidades darán origen, entre quienes cometiesen las infracciones, a responsabilidades y sanciones que se harán efectivas en la forma y modo que las leyes determinen. Si bien es cierto hay opiniones, incluso del Presidente de la Comisión, en el sentido de que se trataría de una nulidad de derecho público de pleno derecho también se defiende la posición de que la nulidad debe ser declarada, especialmente en lo que concierne al vicio por desviación del poder.

Posteriormente en julio de 1978, sesión N° 402, pág. 3210, la redacción del precepto en lo que interesa dice: "Todo acto en contravención a este artículo es nulo, salvo que la ley establezca otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención". No aparece en las Actas mencionadas el por qué de la nueva redacción ni tampoco la razón de suprimir la parte subrayada en el texto vigente.

Todavía digno es de considerarse el pensamiento del Comisionado señor Raúl Bertelsen R. cuya opinión se tradujo en acuerdo de la Comisión en el sentido de que la nulidad debía ser declarada y que mientras no mediara tal declaración el acto se aplicaba, regía.

Con estos antecedentes estimo que la historia fidedigna de la norma del inciso 3º del art. 7º de la Ley Fundamental no es un elemento determinante en resolver la cuestión planteada. En la nota N° 16 se reproducen los antecedentes más relevantes de la discusión en el seno de la Comisión de Estudios.¹⁶

¹⁶ En la Comisión de Estudios de la Carta Política de 1980, todas estas premisas encuentran su razón de ser. Así en las Sesiones N° 51 de 4-VII-74, Págs. 17 y siguientes, N° 53 de 11-VII-74, Págs. 9 y 10 y N° 411 de 6-IX-78 Págs. 3442 y 3443.

Sesión N° 51

Respecto del artículo 4º de la Carta Política de 1925, actuales incisos 2º y 3º del artículo 7º del texto vigente:

"Finalmente, la indicación propuesta por don *Enrique Evans* reproduce la primera parte del artículo 4º de la actual Constitución con un agregado final: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y así podrá declararlo cualquier Tribunal ordinario de Justicia, de oficio o a petición de parte, dentro de... días inmediatamente siguientes a la fecha del acto de que se trate". En seguida, el señor Presidente señala que en su opinión hay dos conceptos en cierto modo distintos que se agregan al texto del artículo: primero, el de la responsabilidad civil, administrativa, penal y, segundo, *el de que la nulidad pueda ser declarada por un tribunal ordinario de justicia*. Esto último reviste cierta importancia y proyecciones, porque el día de mañana puede sostenerse que para que esta nulidad opere, *es menester declararla*. Cree que no es ésa la intención del autor, pues en muchos casos va a ser una nulidad de pleno derecho la que opere y no podría exigirse que se recurra a los tribunales para que sea declarada.

El señor *Silva Bascañán* estima que la causal de nulidad del actual artículo 4º, debe contenerse en una disposición específica y distinta de aquellas que sancionen a los actos susceptibles de nulidad por otro tipo de motivos, ya que en el actual precepto se establece una situación de carácter prohibitivo, que es lo que debe ser analizado con anterioridad a las demás nulidades ocasionadas por defectos genéricos.

El señor *Ortúzar* (Presidente) sugiere aceptar el predicamento del señor *Silva Bascuñán*, limitando el debate al análisis de la disposición prohibitiva del artículo 4° actual; esto es, "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

El señor *Guzmán* advierte que el único cambio que sugiere el señor *Silva Bascuñán* es el de reemplazar la expresión "reunión de personas" por "grupo de personas". En su opinión es más adecuada la expresión "grupo" porque "reunión de personas" es una cosa equívoca y no se sabe si es una reunión material, en circunstancias que la palabra "grupo" es más genérica, más precisa.

El señor *Ortúzar* (Presidente) sugiere aprobar la disposición en los siguientes términos: "Ninguna magistratura, persona o grupo de personas pueden atribuirse ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por la Constitución y las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

En seguida, el señor *Ortúzar* (Presidente) somete a discusión el siguiente inciso: "Toda resolución acordada por un órgano público a requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión de pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciese a las autoridades, es nula de pleno derecho y no puede producir efecto alguno".

Respecto del artículo 23 de la Ley Fundamental de 1925, no reproducido en el texto en vigor:

"El señor *Silva* manifiesta que este precepto es igual al artículo 23 de la actual Constitución pero, hay una pequeña diferencia que hace más comprensiva la indicación propuesta, cual es el encabezamiento de la oración: "Toda resolución acordada por un órgano público...", en circunstancias que el actual artículo 23 prescribe: "Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un Jefe al frente de las fuerzas armadas o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno".

"El señor *Diez* solicita eliminar este inciso del proyecto del artículo 6°.

"El señor *Ovalle* manifiesta que, si se viola el inciso segundo que se ha aprobado, *el acto es nulo, pero no se puede desconocer ese acto sino en virtud de una declaración hecha por un tribunal*. En cambio cuando ocurre lo que se prevé en el inciso que se está discutiendo, el acto es nulo, es decir, *el acto es nulo de pleno derecho*.

"En consecuencia, la disposición en análisis no debería contenerse en el artículo 6° que se proyecta, *porque ésta es una situación excepcional* en que se está planteando un problema que no tiene connotaciones puramente jurídicas. Las tiene, por cierto, pero no enteramente jurídicas, como es el caso de las nulidades de derecho público que va a fluir de los incisos primero y segundo que se han aprobado.

"En seguida, el señor *Guzmán* manifiesta que, no obstante pareciera que el inciso en análisis será eliminado del artículo 6°, debe advertir una inquietud planteada por el señor *Evans*, según la cual *las nulidades de pleno derecho no son eficaces* porque no tienen una expresión *práctica muy clara*. Declara compartir esa inquietud.

"El señor *Silva Bascuñán* declara que aceptando la indicación en debate, o en una forma más genérica, como lo propone el señor *Guzmán*, vendría a resultar que éste debería ser un concepto que se expresara en aquella disposición que se refiere a la independencia con que deben actuar los poderes. Estima que la independencia no sólo viene de los otros órganos de poder que puedan proyectarse sobre el que está actuando, sino que, también de la presión que impide la libertad o autonomía de la determinación.

"El señor *Ortúzar* (Presidente) sugiere retirar el inciso en análisis del proyecto del artículo 6°, y disponer su consagración en el párrafo en que se establezcan las sanciones relativas a las resoluciones acordadas bajo presión.

"El señor *Guzmán* pregunta, a continuación, si no sería más conveniente referir las ideas contenidas en el inciso en análisis, a los elementos que constituyen *vicios del consentimiento de los actos de autoridad, dentro de la teoría de la nulidad*.

"El señor Díez, respondiendo al señor Guzmán, sostiene que aquello no es lo adecuado, ya que responsabilidad de la autoridad y nulidad de acto, son conceptos perfectamente diferenciados.

"En seguida, se declara de acuerdo con el señor Ovalle en que *ésta es la única parte donde se pueden usar como expresión, las nulidades de pleno derecho*, porque con ello se legitima la resistencia frente a la presión ejercida por la autoridad o agente público.

"El señor Silva Bascuñán considera preferible que *en un artículo se contuviera todo el sistema de las nulidades*, razón por la cual su indicación está concebida en los términos transcritos, lo que es en cierta manera genérico, aunque *la forma de declarar la nulidad en su operatividad, es distinta*. Por lo tanto, cabe dictar normas legales interpretativas diferentes respecto de una u otra forma de nulidad dentro del sistema general de las causas de nulidad, aun cuando el inciso final, que iba a reglamentar o mencionar el régimen de las nulidades, podría recibir entonces *dos causales de nulidad*, que deberían ser tratadas en forma diferente.

"Por eso las colocó dentro de un mismo precepto. Pero, si se considera que es una nulidad tan diferente por la manera como se producen sus efectos, que merece una disposición separada, cree que ello es razonable, ya que en el fondo, la nulidad derivada de una presión de la naturaleza de la descrita por el constituyente en el artículo 23° de la Constitución actual se refiere a problemas políticos y de eficacia que no son directamente jurídicos.

"El señor Ovalle declara que hay otra observación que puede formularse al retirar este inciso del artículo 6°, porque, con la redacción que el señor Silva dio a los incisos primero y segundo, es casi innecesario el antiguo inciso segundo, que iba a ser tercero.

"En primer lugar, ya está dicho que los órganos del Estado son independientes en el ejercicio de sus funciones. En seguida, el inciso segundo habla de que "Ninguna magistratura, persona o grupo pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos... " *Qué ocurriría en este caso?* Que el acto no es de la autoridad requerida, y estima que el señor Guzmán no estaba en lo cierto cuando dijo que, con esa redacción, el acuerdo de la Cámara de Diputados era nulo de todas maneras. No. Era a requisición de un ejército. Es decir, si hay presión y se hace caso omiso de ella es válido el acuerdo y habría concretado. Pero éste es otro caso.

Ahora bien, como se dice que todo acto de grupo es nulo, en ese caso no lo era el de la autoridad obligada, sino del grupo que la obligaba, el cual ya es nulo en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo. Consecuencia, resultaría inocuo declarar carente de validez a esta disposición.

"Con todo, concuerda plenamente con el señor Guzmán -y así lo hizo presente en sesión anterior de que es necesario suprimir el precepto en que tiene sólo un valor histórico y el deseo de recoger una posibilidad que, quizás, no sea propia consignarla en la Constitución.

Por esas razones, es partidario de excluir la norma o, en todo caso, de separarla del artículo 6°.

Así se acuerda".

Sesión N° 53 relativa al artículo 6° vigente.

"El señor Ortúzar (Presidente) concuerda con lo sugerido por el señor Díez en cuanto a aceptar lo propuesto por los señores Silva y Evans, no obstante que parte del precepto está contenido ya en el artículo 1°, al establecer que en Chile hay *Estado de Derecho y que las potestades estatales y las autoridades públicas someten su acción a la Constitución y a toda norma dictada conforme a ella*. Pero hay dos conceptos que no están comprendidos en el artículo 1°: *el que dice relación con la fuerza obligatoria de la Constitución respecto de los gobernados y el relativo a la sanción que debe tener toda infracción a la Constitución*. Le parece que *estos dos aspectos justifican la disposición, no obstante que en parte resultaría en cierto modo redundante*.

"El señor Díez estima, además de las razones dadas por el señor Presidente, que el precepto establece indirectamente el principio de la jerarquía constitucional por sobre la ley, *porque obliga al Poder Legislativo a someterse a las normas constitucionales*. Es una forma expresa de establecer la jerarquía constitucional, y por eso aprueba el artículo.

Por otro lado, no es posible olvidar los interesantes comentarios de los profesores Arturo Aylwin A. -reproducido en la letra A del V, pág. 19 -y Pedro Pierry Arrau¹⁷ respecto de la interpretación del art. 160 de la Carta Política de 1833, equivalente a los incisos 2º y 3º del actual art. 7º, quien manifiesta: "...en el sentido que

"El señor *Evans* señala que el señor *Díez* tiene tanta razón en su afirmación, que él, incluso, en su indicación, empleaba la expresión "*la legislación debe someterse a los preceptos constitucionales*" con lo que establecía el orden jerárquico de las normas de Derecho.

"El señor *Díez* insiste en que en este artículo está claramente especificada la jerarquía constitucional, *porque todos los órganos de autoridad o titulares o integrantes de los entes generadores de la ley tienen que someter su acción a la Constitución*. De manera que este es el artículo de donde se va a inferir toda la jerarquía y la supremacía de la Constitución.

"El señor *Ovalle* expresa que, a su juicio, el artículo tal como se ha propuesto, aparece, como el resto del Capítulo I, un tanto desordenado en lo que se refiere al desarrollo completo del significado de los conceptos que allí se estampan. Por esa razón, ha propuesto una redacción distinta a los preceptos que anteriormente ha aprobado la Comisión.

"Sin embargo, la idea que ahora se debate estaba consignada en esas proposiciones que antes había formulado, y por eso es que no puede oponerse a ella de ninguna manera.

"En efecto, recuerda haber formulado una proposición semejante en cuanto a contenido, porque le parecía que *la raíz, en el desarrollo de todo Estado de Derecho, estaba precisamente en la norma que ahora se discute*, es decir, en el hecho de que la Constitución sea obligatoria para todos los habitantes de la República. Pero, a juicio del señor *Ovalle*, *no es sólo la Constitución la que debe ser obligatoria* para todos los habitantes de la República, *sino que también toda norma dictada conforme a ella obliga por igual a todos los habitantes de la República, la razón nace del propio concepto de ley*, que debe ser general, abstracto y obligatorio por igual para todos los que habitan el territorio nacional. *Por eso así lo propuso.*"

Sesión N° 411:

"El señor *Ortúzar* (Presidente) dice que en el artículo 6º, según el cual "las autoridades públicas someten su acción a la Constitución y a toda norma dictada conforme a ella", la señora *Bulnes* propone eliminar la frase "y a toda norma dictada conforme a ella". Concuera con dicha supresión por estimar que muchas autoridades, considerando que una determinada norma no ha sido dictada conforme a la Constitución, podrían prescindir de ella.

"El señor *Guzmán* opina que la disposición plantea la obligación de las autoridades de someterse al Derecho, a la ley, y estima que, desde este ángulo, el sometimiento a la Carta Fundamental es el aspecto más relevante del tema *pero que no lo agota*. Considera evidente que *en un Estado de Derecho las autoridades deben someterse a todas las normas jurídicas dictadas de acuerdo con la Constitución y las leyes en general*. Piensa, por ello, que la disposición quedaría trunca si se suprimiera la última frase, tanto más cuanto que fue consignada en las Actas Constitucionales, por lo que podría prestarse para interpretaciones equívocas.

"El señor *Ortúzar* (Presidente) aclara que él estimó que esa podría ser la razón de la observación de la señora *Bulnes*.

"El señor *Guzmán* cree que el problema podría ser superado teniendo presente que existen mecanismos constitucionales para dejar sin efecto las leyes que contravengan la Carta Fundamental.

"El señor *Bertelsen* considera que toda norma jurídica goza de una *presunción de validez mientras no haya sido declarada inaplicable o inconstitucional*, lo cual, en todo caso, no está a cargo de la autoridad administrativa.

"Se acuerda mantener la disposición en los términos propuestos, pero dejando constancia de la interpretación dada por el señor Bertelsen".

¹⁷ Pedro PIERRY ARRAU. *Nulidad en el Derecho Administrativo*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV (1993-1994) Págs. 84 y 85.

esa nulidad es una nulidad de pleno derecho- tiendo a discutir, porque en realidad en la misma Constitución de 1833, en otro artículo, en el 158, se hablaba de los actos del Presidente de la República, a requisición del ejército, general al mando, reunión del pueblo, y señalaba a continuación que esos actos eran nulos de nulidad de pleno derecho, lo que me hace a mí pensar que si hablaba de nulidad de pleno derecho en el artículo 158, frente a requisición del pueblo y de los militares en armas, cuando en el artículo 160 se hablaba de que el acto es nulo, *obviamente no sería nulidad de pleno derecho*, o sea, me da la impresión de que podría la propia teoría de Soto Kloss, revertirse en su contra en ese punto.

A 2) El artículo 12

El se refiere al caso en que por acto administrativo se prive o desconozca la nacionalidad.

Al parecer en esta norma se sigue el criterio ya expresado por el señor Raúl Bertelsen R., en la Comisión de Estudios mencionada en el sentido de que mientras no medie una declaración judicial de nulidad, el acto respectivo se reputa válido¹⁸. En efecto, si sólo la interposición del recurso suspende los efectos del acto o resolución impugnada, es porque el acto hasta ese momento no sólo existió y era válido, sino eficaz.

A. 3) El artículo 21

En este precepto se regula el recurso de amparo. Según tal prescripción, en caso de detenciones, arrestos y apresamientos efectuados u ordenados con infracción a la Constitución o a la ley se confiere al Magistrado correspondiente la facultad de ordenar la libertad inmediata o bien, y esto es lo que interesa, "hará que *se reparen los defectos legales...* y corrigiendo por sí tales defectos o dando cuenta a quien corresponde para que lo enmiende. Es decir, la norma se coloca en un supuesto de que no siempre la orden de detención o de arresto o de apresamiento ilegales acarrear necesariamente la nulidad de pleno derecho y ni siquiera la nulidad, puesto que se habilita al Juez para corregir el vicio.

A. 4) El artículo 80

Consagra el llamado recurso de inaplicabilidad.

La norma de este artículo resulta categórica en el entendido de que el vicio de la ley por infracción a la Carta Política (vulneración del art. 6º, inciso 1º), no acarrea la nulidad ni de la totalidad de la ley ni siquiera la del precepto legal en el que se comete la transgresión, puesto que como se sabe la Corte Suprema sólo declara inaplicable -no nulo- para el caso particular de que se trate, la norma en que se da la infracción. Vale decir, que, en esta situación, no sólo no hay nulidad de pleno derecho sino que no hay nulidad, pues sólo hay inaplicabilidad para un caso determinado. *Es decir se prevé una distinta sanción por el propios Constituyente.*

A. 5) El artículo 35

El precepto señalado establece en su inciso 1º que los decretos supremos -reglamentarios o simples- deben firmarse por el Ministro respectivo y que *no serán obedecidos sin este esencial requisito.*

El sentido de esta norma se encuentra vinculado al del precepto del artículo 36. Resulta del todo razonable y serio que si una autoridad es responsable individual y solidariamente de los actos que debe suscribir (art. 36), este requisito sea esencial,

¹⁸ Actas Oficiales. Ob. cit. Sesión N° 411 de 6-XI-78, pág. 3443.

esto es que él no sólo constituye una forma que prescriba la ley (la Fundamental en este caso), sino que se constituya en especial requisito: *esencial*. Por ello, *en este caso, en que se vulnera un requisito calificado constitucionalmente de esencial, se aplica la sanción única de que ese acto no será obedecido*.

Otra consecuencia ha de ser que si se tratara de un requisito *no esencial* la sanción podría ser una simple anulabilidad que tendría que declarar la autoridad competente o aún podría pensarse en otro tipo de sanción según lo ponderara la ley.

Consecuente con estas premisas resulta el juicio formulado en la discusión de la Comisión de Estudios de la Constitución Política de 1980, en la cual se expresó, en lo que concierne a la nulidad aplicable a los casos en que se dictare o aprobare una resolución mediante fuerza -a requerimiento de una fuerza armada o poblada- que éste era el único caso en que *ciertamente podría propugnarse la nulidad de derecho público de pleno derecho*.¹⁹

En suma, entonces, la norma del artículo 35 de la Ley Fundamental, al establecer *como excepción* en el caso que regula un efecto de la nulidad de pleno derecho, ha determinado también que tal nulidad de pleno derecho es excepcional y aplicable a casos calificados; además existirá otro tipo de sanciones a las infracciones que se den respecto del principio de juridicidad como sería la anulabilidad u otra que ponderara el legislador, según cual sea la calificación de las transgresiones.

B. *Si respecto de los vicios de los actos de la Administración es aplicable siempre la nulidad de derecho público de pleno derecho por así desprenderse del fundamento de lo dispuesto en el art. 7º de la Carta Política, procedería asimismo que en todo caso los vicios de los actos legislativos -incluidos los tratados- y de los jurisdiccionales tuvieran como sanción la nulidad de derecho público de pleno derecho, lo que no es efectivo*

El profesor Mario Bernaschina, como se manifestara anteriormente, explicaba que tal teoría era relativa: sólo de vigencia respecto de los actos administrativos y no de los legislativos y de los jurisdiccionales.²⁰

Lo cierto es que tal distinción, a la luz de los preceptos constitucionales que habrían servido de base para profesar la doctrina referida, no tiene asidero. Más aún, ahora, con la nueva disposición del inciso primero del artículo 7º de la Carta Política de 1980 que regula la validez de los actos de los *órganos del Estado, sin diferencia alguna*. Los tribunales, como los órganos colegisladores, por poseer la calidad jurídica de órganos del Estado sin lugar a dudas, se hallan en el imperativo de regirse por tal precepto. Por consiguiente, si los vicios de un acto emitido por un órgano estatal -sean del Gobierno y de la Administración, sean de los tribunales, sean de los órganos colegisladores- inciden en la investidura en los cargos respectivos o en la competencia, o en los requisitos y formas que la ley señale, dichos defectos no podrían sino sancionarse con la nulidad y si ésta fuere de pleno derecho, regiría para todos por igual.

¹⁹ Actas Ob. cit. Sesión N° 51, Pág. 20. El comisionado Sr. Diez señala: "En seguida se declara de acuerdo con el señor Ovalle en que ésta es la única parte donde se puede usar como expresión las nulidades de pleno derecho, porque con ello se legitima la resistencia frente a la presión ejercida por la autoridad o agente público".

²⁰ Mario BERNASCHINA. Ob. cit. Págs. 408, 409 y 410.

Estimo definitivamente que esta deducción es inaceptable, atendida las nefastas consecuencias que tal posición originaría y que obviamente no es necesario detallar, sin perjuicio de lo que se indica a continuación.

B.1. Acto legislativo

En lo que toca al acto legislativo -a la luz de la propia Ley Fundamental- se establece quien puede examinar y pronunciarse sobre él, en qué oportunidad y con qué efectos.

B.1 a) Control preventivo

El Tribunal Constitucional es el Contralor preventivo en la materia:

B1a 1) en las leyes orgánicas constitucionales y las interpretativas de la Constitución, tal competencia es obligatoria para dichas leyes

B1a 2) en las restantes leyes su control preventivo no es obligatorio sino que se necesita de previo requerimiento sea del Presidente de la República, o bien del propio Congreso Nacional.

B1a 3) en los decretos con fuerza de ley: a) cuando el Primer Mandatario requiere que el tribunal resuelva la controversia entre él y la Contraloría General de la República que ha representado por inconstitucional tal acto; y b) cuando cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de ellas requieran del Tribunal que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley tomado razón por Contraloría General.

El efecto del pronunciamiento del tribunal también está regulado por la Carta Política: respecto de las leyes y decretos con fuerza de ley, las normas objetadas no pueden convertirse en ley (art. 83, inciso 2°); en lo que toca a la situación en que se acoge la petición del Presidente de la República frente al DFL impugnado por inconstitucional por la Contraloría General, ésta deberá dar curso a tal acto.

Como puede advertirse, la situación irregular del acto legislativo en su control previo se rige por normas constitucionales que son independientes de cualquier teoría de nulidad, a pesar de lo que expresa el art. 7°, inciso 3°.

B1 b) Control posterior a su aprobación y eficacia

Al respecto, hay dos situaciones por examinar.

Primero, la competencia de la Corte Suprema (art. 80).

El máximo tribunal de Justicia no declara ni la nulidad de la ley ni la de un precepto determinado. Sólo puede manifestar que cualquier precepto legal contrario a la Constitución es inaplicable en determinada situación.

Tampoco en este caso, podría hablarse de nulidad de pleno derecho, como ya se dijo anteriormente.

Segundo, facultad y obligación de los tribunales en general que establece el art. 6° inciso 1°.

Toda acción de los órganos del Estado -y los tribunales son órganos del Estado y sus actuaciones y actos son acciones estatales- debe conformarse a la Ley Fundamental. Por lo tanto, los tribunales de Justicia, al igual que la Contraloría General (art. 87 y 88), en la labor de interpretación de las diversas normas por aplicar en el caso sometido a su conocimiento debe dar preferencia de aplicación a la Constitución Política frente a cualquier otro orden jurídico de menor rango cuando entre ellos hubiera contradicción.²¹

²¹ Miguel S. MARIENHOFF, al comentar el prólogo de la obra "Derecho Administrativo", Acto Administrativo, Procedimientos Administrativos y otros Estudios, de Julio R. Comadira. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1996. Págs. 12 a 14, comparte el criterio

de que el Presidente de la República pueda omitir la aplicación de una ley inconstitucional, juicio compartido por el autor. Págs. 399 a 409.

El profesor Marienhoff expresa:

"En uno de los trabajos incluidos en este libro, el doctor Comadira analiza lo atinente a la posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional. "En nuestro país plantéé formalmente ese problema. Lo hice a través de uno de mis dictámenes como procurador del Tesoro de la Nación, insistiendo luego en mi Tratado de Derecho Administrativo y en disertaciones públicas. Sostuve que si bien era obvio que el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de la Ley, por ser ésta una actividad propia de la autoridad jurisdiccional judicial, así puede abstenerse de aplicarlas cuando razonablemente puedan considerarse inconstitucionales; agregué que tal actitud no vulneraba al artículo 95 de la Constitución Nacional -que impedía al Presidente de la República el ejercicio de funciones judiciales- porque ello sólo implicaba la emisión de un juicio de valor para luego adoptar un criterio. Debía tratarse de una inconstitucionalidad cierta, cuya comprobación estuviere al alcance de todo hombre de Derecho dotado de conocimientos generales sobre la materia.

"La opinión de nuestros autores se mostró dividida. Para decidirse hicieron referencia al grado mayor o menor de la inconstitucionalidad evidente, incluso grosera, notoria, flagrante e indiscutible. Consideré que la exigencia de tal grado de la inconstitucionalidad era excesiva. El Dr. Comadira, con atinadas razones compartió mi criterio, exigiendo que esa inconstitucionalidad apareciera en forma razonablemente evidente. Reconoce que la posición de la Administración frente a la ley considerada inconstitucional constituye una cuestión de gran significación jurídico-política.

"Pero ¿cuál es el fundamento que avala que el Presidente de la República, si bien no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley inconstitucional? Dos argumentos se adujeron al respecto, uno de los cuales invocó el eminente Joaquín V. González; el otro argumento es el invocado por mí en mi referido dictamen originario.

Después de citar al constitucionalista norteamericano Henry Campbell Black, en cuanto dice que tanto los legisladores como los jueces están obligados a obedecer y sostener la Constitución, y que debe entenderse que han pesado la validez constitucional de los actos que dictan", después de esta cita Joaquín V. González dijo: "Idéntica obligación se impone al Presidente de la República, bajo nuestro gobierno, pues él, además de tener sus poderes enumerados en general, jura al tomar posesión del cargo, observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina (Obras Completas T. VIII, Pág. 64)

Por mi parte, para fundar la obligación del Presidente de la República de "abstenerse" de aplicar una norma inconstitucional, invoqué el principio de jerarquía de las normas a que se refiere el artículo 31 de la Ley Suprema, que coloca a la Constitución en el primer rango o plano de esa jerarquía. En cumplimiento de ese precepto, lo primero que debe aplicar el Ejecutivo es la Constitución y en modo alguno la ley formal que vulnera uno de sus textos o alguno de los principios emergentes de éstos. La actividad o el comportamiento del Ejecutivo está fundamental y directamente supeditado a la Constitución. No es concebible otra cosa.

"Desde luego, la expresada abstención del Presidente de la República en nada se opone a la prohibición que contenía el artículo 95 de la Constitución de 1853, pues tal abstención, lejos de importar el ejercicio de funciones judiciales, sólo trasunta la emisión de un juicio de valor para luego, en su mérito, adoptar un criterio.

"Estos son los dos argumentos o fundamentos positivos que se invocan para justificar que el Presidente de la República se "Abstenga" de aplicar una norma o ley inconstitucional, todo ello sin perjuicio del grado que ha de tener esa inconstitucionalidad. Así, mientras el esclarecido constitucionalista Joaquín V. González, al referirse para ello al juramento que debe prestar el Presidente al asumir sus funciones, invoca un fundamento ético jurídico, yo, al basarme en el principio de jerarquía de las normas establecido en el artículo 31 de la Ley Suprema, invoco un fundamento jurídico positivo. Los fundamentos, pues, son distintos, pero las opiniones y conclusiones son coincidentes. Ambos cri-

En esta situación, no hay nulidad de pleno derecho, ni hay nulidad, porque la ley sigue vigente.

B.2. Actos jurisdiccionales

El artículo 19 N° 3, incisos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley Fundamental garantiza a toda persona la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, amparándola en su defensa jurídica, y especialmente en cuanto a avalar la existencia de un debido y legal proceso que debe ser racional y además justo.

Concordante con esta garantía, el artículo 60 N° 3, de la Carta Política establece que son materias de ley las que son objeto de codificación procesal, entre otras.

Por lo tanto, lo relativo a las sanciones a vicios en que se incurran en actos jurisdiccionales ha de entenderse en lo que el legislador apruebe en las leyes respectivas -llamados Códigos de Procedimiento Civil y Penal u otros especiales- sin perjuicio de que el legislador debe observar los principios del artículo 19 N° 3. Así por ejemplo, establecerá recursos, bien sea para solucionar errores u omisiones menores que no importen nulidad (recursos de aclaración, rectificación o enmienda, artículos 182 y 184 del C.P.C.) bien sea para que el tribunal superior enmiende la resolución judicial del inferior (artículo 186 del C.P.C.); bien sea para invalidar una sentencia, definitiva o excepcionalmente para una interlocutoria, mediante los recursos de casación en la forma y en el fondo (artículo 764 y siguientes del mismo Código); asimismo considerará los llamados incidentes de nulidad (art. 83 del Código mencionado); aún podrá comprender en esta materia las llamadas cuestiones de competencia (art. 101 y siguientes) en la que es posible encontrar que la medida que tiene por objeto sanear un vicio de competencia no anula todo lo obrado hasta ese momento (art. 110), pues se ordena al tribunal competente *seguir conociendo del negocio que tenía a su cargo otro tribunal incompetente*.

Todo lo anteriormente referido no hace sino armonizar con lo dispuesto en el artículo 6°, inciso 3°, que comete al legislador determinar el régimen de sanciones y de responsabilidades respecto de la infracción del principio de juridicidad.

En conclusión, entonces, corresponderá al legislador -y a veces al propio constituyente como en el caso de infracción en la ley- establecer el sistema de sanciones y responsabilidades para los casos de transgresión al principio de juridicidad, no siendo efectivo que en tales circunstancias necesariamente y siempre tenga que aplicarse la nulidad de pleno derecho. No es posible afirmar que el Constituyente ignoró la nulidad de pleno derecho respecto de los actos legislativos al establecer él mismo la sanción, el órgano jurisdiccional competente para conocer de ella y los efectos de los pronunciamientos; y que además omitió la consideración de la norma del art. 7° al

terios son igualmente válidos, porque ambos son operativos, como lo son, en principio, las disposiciones constitucionales.

"La posición de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, es lo atinente a si, en el supuesto de una ley inconstitucional, el Poder Ejecutivo puede abstenerse de su aplicación, *es rígida y excluyente de esa posibilidad*.

Desde luego, tal criterio del alto tribunal es harto respetable porque, desde un punto de vista, tiende a la seguridad jurídica y a lograr el funcionamiento armonioso de nuestro régimen institucional. Por cierto, exactamente iguales propósitos nos guían a quienes auspiciamos la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar normas de obvia inconstitucionalidad. Pero nuestra posición tiene la ventaja de evitar, ab initio, los trastornos que derivan de una norma inconstitucional.

"Lo ideal sería que los poderes del gobierno obren con más prudencia, con más sentido de la responsabilidad, evitando la sanción de normas irritas, que, al vulnerar el orden jurídico vigente, trastornan nuestra vida institucional."

aprobar los preceptos de los arts. 19 N° 3 y 60 N° 3 del mismo texto superior. Si en tales circunstancias procedió en la forma señalada, es porque no pensó ni remotamente en la nulidad de pleno derecho absolutamente, es decir, para todo caso de infracción al principio de juridicidad.

C. *El sólo empleo de la expresión "es nulo" no importa que se consagre la nulidad de pleno derecho*

El inciso 3° del art. 7° de la Ley Fundamental dice: Todo acto en contravención a este artículo es nulo y..."

La sola frase en comento no significa que la nulidad a que se refiere opere de pleno derecho. En primer término, porque, como señaló el profesor Silva Cimma, tal precepto no dice que es de pleno derecho. En segundo término por cuanto hay otro texto positivo que también usa una expresión semejante y sin embargo la nulidad no es de pleno derecho, sino debe ser declarada judicialmente. Así por ejemplo, el art. 10 del Código Civil prescribe: "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designa otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". En este caso no hay nulidad de pleno derecho, por cuanto, por una parte es posible que la ley señale otra sanción diferente de la nulidad y porque la declaración de nulidad debe llevarse a efecto por el Juez (Art. 1683).

D. *Una cuestión de criterio y de prudencia*

D.1. *Ideas generales*

*La persona, entre otras características se destaca por su racionalidad*²².

En consecuencia, los órganos del Estado integrados por seres humanos, al interpretar las normas jurídicas y al aplicar el derecho, no pueden sino considerar en forma importante este principio de racionalidad.

Por ello también la doctrina del Derecho Público Administrativo, al tratar la materia de las nulidades²³, ha profesado ciertas ideas rectoras sobre la base de la

²² Jorge REYES RIVEROS *Los principios aplicables respecto del Papel Instrumental del Estado frente a los Derechos y Deberes de las Personas*. Gobierno Regional y Municipal. Año III-9 N° 33 abril de 1996. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Págs. 42 y 43. En este trabajo se expresa:

"El ser humano se caracteriza en tres aspectos. Posee un instinto gregario que lo lleva a vivir en diversas comunidades y sociedades (familia, sociedades intermedias, el Estado); se diferencia de seres de otras especies por su condición ética que le permite distinguir el bien y el mal y le impulsa o inclina a la obtención del primero, al comportamiento de bondad, a la integridad del actuar (principio de probidad que el Derecho considera); y se distingue aún de otros seres vivientes, incluso de aquellos que también están dotados de instinto gregario, por su calidad de ser racional, pues al hombre ha sido atribuida la facultad de pensar, reflexionar, discurrir, inferir o deducir, capacidad que le permite llegar a un conocimiento cabal de las cosas y a comportarse y por lo tanto, a adoptar decisiones consecuentes con el ejercicio de esa atribución."

"El Derecho, con disciplina humana, ha de considerar e incorporar estas cualidades como principio. Así todo agente público, todo órgano del Estado en el ejercicio del poder y aún discrecional, se encuentra en el deber de conducirse de acuerdo con estos elementos de probidad y de racionalidad. Especialmente, si las actuaciones y si en los actos se apartara de la racionalidad, habrá lugar a la arbitrariedad y por consiguiente a la ilegalidad".

²³ y ²⁴ Ramón PARADA Ob. cit. (Ed. de 1995) T. I Pág. 191 y Pág. 220, quien dice: *"El que un acto sea inválido, de pleno derecho o anulable, no quiere decir que deba ser necesaria-*

racionalidad. Una de ellas es la de propugnar una nulidad de derecho público que es diferente y menos estricta que la del derecho privado; otra, la consagración de las irregularidades no invalidantes respecto de los actos con vicios o defectos menores, "es decir, el defecto de forma que no prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, ni provoque la indefensión de los interesados, así como los actos realizados fuera del tiempo establecido, salvo que el término sea esencial"²⁴; otra, la consagración de un sistema de nulidad que no origine consecuencias más funestas que las que se trata de evitar con tal teoría.

D.2. Situación en Chile:

Si se aplicara la nulidad de pleno derecho para todas las situaciones de incompetencia, de transgresiones a requisitos y formalidades requeridas legalmente, o más en general, para cualquier vulneración al principio de juridicidad en actos del Estado, se haría evidente que el principio de racionalidad quedaría marginado y muchas nulidades de actos importarían aceptar un criterio de irracionalidad, de imprudencia.

Por ejemplo, el art. 72 de la Ley Fundamental prescribe que la promulgación de la ley debe hacerse *dentro del plazo de diez días*; además señala que la publicación de la ley se hará *dentro de los cinco días hábiles siguientes* a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.

¿Qué pasa si el Presidente de la República no promulga una ley debiendo hacerlo dentro del plazo constitucional sino que lo hace veinte días después e igualmente procede a publicar la ley fuera del plazo? ¿Sería nulo de pleno derecho el decreto promulgatorio y la publicación? Se trata de requisitos y formalidades nada menos que establecidos en la Carta Política y sin embargo, la sanción no puede ser la nulidad de pleno derecho, ni siquiera hay nulidad. Concordante con esta afirmación resulta lo que el propio constituyente de 1980 ha previsto, al habilitar para recurrir al Tribunal Constitucional, para que éste promulgue la ley si el Primer Mandatario no lo hace sin señalar que en tal situación el decreto promulgatorio dictado fuera de plazo es nulo de pleno derecho.

Lo mismo ha de ocurrir con innumerables casos en los que el ordenamiento jurídico prevé formalidades y requisitos que no siempre podrían acarrear nulidad o si la acarrear no sería ésta de pleno derecho. Lo contrario sería de efectos lamentables para todos -para la Administración y el Estado en cuanto obstaculizaría seriamente su funcionamiento y para los gobernados. Especial connotación adquiere la cuestión cuando sobre la base de un acto que adolece de vicio se constituyen o consolidan derechos por terceros de buena fe. En esta situación tanto la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República como la de los tribunales de justicia han reconocido que la nulidad no procede, no origina efectos en tal evento. Si se aceptara la nulidad de Derecho Público ipso facto en todo caso, tal doctrina jurisprudencial no podría subsistir, no tendría cabida.

El catedrático don Arturo Aylwin Azócar, en el seminario a que me referí anteriormente, concuerda en plenitud con estas apreciaciones al decir:

mente invalidado, pues es posible que esa adecuación del acto al ordenamiento engendre una situación todavía más injusta que la originada por la ilegalidad que se trata de remediar. Por ello la conveniencia de moderar la facultad invalidatoria con unos condicionamientos sustanciales a fin de evitar crear una situación más grave que la que se trata de remediar. Como previene Zanobini la anulación no puede dar lugar a "una turbativa de l'ordine quirdico piú grave di quella cagionata dalla persistenza dell'atto viziato".

"La gravedad que significaría el hecho de que cualquier persona estuviera autorizado para no acatar un acto aduciendo que es nulo y obligar al Estado a demostrar lo contrario en los Tribunales. En esta materia el Constituyente no distingue y, en consecuencia, lo que se diga respecto de un acto administrativo es igualmente válido respecto de las leyes y de los fallos judiciales".

"El mismo resultado negativo se producirá tanto por la falta de un requisito importante como por falta de una formalidad, aunque ésta sea de mínima trascendencia, pues el artículo 7º, inciso 3º, de la Constitución se aplica en forma absoluta, no hace distinciones en relación con fallas de forma."

"Se producirá una destrucción de una de las bases de un Estado de Derecho, cual es el principio de certeza."

"Si se entendiese que el acto no nace a la vida del Derecho, nadie tendría derechos sólidos. El desconocimiento de los efectos del acto legislativo, judicial o administrativo podría emanar por parte de cualquiera, inclusive de los propios órganos del Estado. Se produciría una situación caótica y anárquica."

SEGUNDA PARTE

FACULTAD DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO PARA INVALIDAR SUS ACTOS ADMINISTRATIVOS

I. LEGISLACIÓN COMPARADA

A. *Situación en España*^{25 y 26}

1. *Idea General*

Como expresa un autor "Es obvio que el principio de legalidad *obliga* a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o situaciones que contradigan el ordenamiento, acomodándolos a aquél".²⁷

2. *Excepciones y limitaciones*

Este principio general, no obstante, admite ciertas excepciones y limitaciones.

^{25 y 26} Ramón PARADA. Derecho Administrativo T. I. Parte General. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid 1991. Tercera Edición. Págs. 197 a 206, y Séptima Edición Madrid 1995, Pág. 187 a 226.

Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo* T. I Segunda Edición Editorial Civitas S.A. Madrid 1991, Págs. 326 a 328.

Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. I (Parte General) Décima Edición Editorial Tecnos S.A. Madrid 1987, Págs. 466 a 475.

²⁷ Este juicio es impugnado por don José María Boquera Oliver. Estudios sobre el acto administrativo. Séptima Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid 1993, Págs. 427 y siguientes.

Dicho autor, *desde el punto de vista doctrinario*, propugna la irrevocabilidad de los actos administrativos, fundado en el principio de presunción de legalidad, puesto que "si un acto se presume legal, otro acto posterior, de contenido contrario o diferente del primero, dirigido a los mismos sujetos y en relación con los mismos hechos, no puede considerarse igualmente legal. Por esta razón, la Administración no puede destruir sus actos administrativos con otros actos posteriores de la misma naturaleza (principio de la irrevocabilidad del acto administrativo)".

Desde luego, si bien la Administración puede y debe volver sobre sus actuaciones con independencia de que el vicio que asigna la invalidez sea la nulidad o la simple anulabilidad, tiene como impedimento el que el acto hubiere sido confirmado por sentencia firme.

También deben ser consideradas las situaciones referentes a la conversión de un acto que adolece de vicio, en cuanto pueda dar lugar a los efectos válidos de otro acto: a la incomunicación de la nulidad en relación a las partes sanas del acto de que se trata, y a la convalidación de los actos anulables.

En lo que toca a posibles limitaciones, es preciso señalar que, en general, la doctrina y no sólo la española, propugna que el vicio del acto administrativo, de cualquier entidad -de anulabilidad o de nulidad de pleno derecho- no habilita ni a la Administración ni a la Judicatura para declarar o reconocer la privación de sus efectos cuando la nulidad de él acarrea un daño o turbación más grave que el que origina la mantención del acto viciado.²⁸

3. *Quien declara la nulidad del acto viciado de tal*

A la declaración de invalidez puede llegarse por la vía de recursos administrativos o por el camino de recursos judiciales, por cuanto, -como se expresó- "el principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan al ordenamiento acomodándolos a aquél", lo que es indiscutible y principalmente aplicable en los actos limitativos o de gravamen o negadores de derechos". Sin embargo, "el panorama cambia radicalmente cuando se trata de la revisión o anulación de los actos administrativos inválidos que han creado y reconocido derechos en favor de terceros que se encuentran además en posesión y disfrute de los mismos."²⁹

"En los orígenes del sistema contencioso-administrativo, este camino del proceso de lesividad³⁰ era el único disponible para la Administración; después, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 reconoció a la propia Administración, autora del acto, un poder directo de anulación, pero exigiendo para ello la garantía de un dictamen favorable del Consejo de Estado, con lo que disminuyó la funcionalidad del proceso de lesividad que también se mantuvo abierto a la iniciativa de la Administración. Por fin, en una tercera fase, en la que estamos, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - 1992- amplió las posibilidades anulatorias directas de la Administración al suprimir el carácter vinculante del dictamen del Consejo de Estado para la anulación de los actos anulables, que pierde, además, el monopolio de esta función en favor de los organismos consultivos análogos de las Comunidades Autónomas; ante estas facilidades, el proceso de lesividad, aunque sigue abierto, reduce su utilidad, queda marginado."³¹

En suma en el Derecho español, actualmente, la Administración puede declarar de oficio o a instancia de parte y con respecto de los actos que han creado y recono-

²⁸ Ramón PARADA, Ob. cit. Séptima Edición, Págs. 220 y 221.

²⁹ Ramón PARADA, Ob. cit. Séptima Edición, Pág. 212.

³⁰ La vía judicial del proceso de lesividad se inicia con la declaración que la Administración debe hacer, motivadamente, en el sentido de que el acto acarrea una lesión jurídica o económica (perjuicio al interés público), lo que constituirá el interés legítimo de la Administración, que la habilita para interponer el recurso de anulación ante la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa respecto de sus propios actos.

³¹ y ³² Ramón PARADA, Ob. Cit. Séptima Edición. Pág. 213.

cido derechos en favor de terceros la invalidación de esos actos viciados; el recurso de lesividad tiene escasa aplicación.³²

B. *Situación en Francia*

En este país se reconoce la posibilidad de que la Administración pueda revisar sus propios actos. Al efecto se prevé que la impugnación de actos administrativos pueden ser revisados mediante los recursos administrativos -gracioso y jerárquico- como también por recursos contencioso-administrativos. Los primeros propios de la misma Administración y los segundos del conocimiento de los tribunales respectivos, sin que necesariamente haya que cumplir previamente la etapa administrativa de reclamación para interponer los recursos contenciosos.³³

II. LA CUESTIÓN EN CHILE

A. *Norma del art. 6º, inciso 1º, de la Constitución Política de la República de Chile*

A.1. *Cuestión primordial*

Tal precepto dice: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella".

De esta disposición fluye que hay un deber, a la vez orgánico y funcional.

Desde el punto de vista orgánico y como la norma no distingue, ella es obligatoria respecto de todos los órganos del Estado, sean éstos de carácter legislativo, jurisdiccional, gubernamental y administrativo, de control y económico, sin excepción alguna, de lo que también se dejó constancia en la Comisión de Estudios de la Carta Política de 1980.³⁴

En seguida, desde la perspectiva funcional, todas las acciones de esos órganos quedan también sometidas a tal disposición; y por cierto, la ley, la sentencia, el tratado, el reglamento, el acto y los contratos administrativos, la toma de razón y otros se hallan en ese deber jurídico.

Lo primero que corresponde observar es la Carta Fundamental; y luego, todos los órdenes jurídicos de inferior jerarquía, que deben ser también dictados según la normativa de la Ley Fundamental, vale decir, ajustados a ella.

A.2. *Cuál es el alcance de esta preceptiva en relación a la Administración del Estado*

El acto más propio de la Administración es el acto administrativo, en el cual pueden distinguirse diversas etapas, involucrando todas ellas acciones de dicha Administración:

- a) la de su gestación (procedimiento de elaboración)
- b) la de su dictación o perfeccionamiento
- c) la de su aplicación o ejercicio
- d) la de su extinción

³³ Georges VEDEL y Pierre DEVOLVE. *Droit Administratif*. Presses Universitaires de France 12 Edition Paris 1992, T. 2, Págs. 28 a 30.

³⁴ Actas Oficiales. Ver Nota N° 16, Sesión N° 53.

En todas, por cierto, y de acuerdo con lo anteriormente expresado, rige el principio del art. 6º, inciso 1º. La Administración del Estado, por consiguiente, no sólo al elaborar y al dictar o perfeccionar el acto tiene que observar ese elemento de juridicidad, sino que también en la etapa de ejecución o cumplimiento del acto administrativo. Si advierte, que se ha quebrantado el principio de juridicidad, no sólo tiene atribuciones para restablecer el orden jurídico quebrantado, sino que se halla obligada a ello, a fin de dar cabal cumplimiento al deber que la norma constitucional citada le impone; es decir, *puede y debe* invalidar sus actos contrarios a Derecho.

B. *Concordancia del precepto del art. 6º con la norma del art. 88, ambas de la Carta Política*

Tan cierto es que el principio de juridicidad del art. 6º de la Ley Fundamental *obliga* a la Administración del Estado a reaccionar frente a las actuaciones que lo vulneren, debiendo restablecer el orden jurídico infringido, que el propio Constituyente desarrolla en este sentido el tratamiento de dicha infracción obligando a la Administración a proceder en consecuencia en la situación del art. 88 de la Constitución Política. Según esta prescripción si el Contralor General representa un decreto o resolución que vulnera tal principio, los caminos que puede seguir el Presidente de la República son:

B.1. Si *no* está de acuerdo con el reparo *debe* dictar un decreto de insistencia (sin perjuicio de la llamada insistencia por oficio); o bien debe recurrir al Tribunal Constitucional si el vicio consistiera en una infracción a la ley Suprema, para que el Tribunal resuelva la controversia.

B.2. *En cambio, si conviene en que el acto es ilícito él puede:*

B.2a. Archivar el decreto o resolución

B.2b. Remitirlo a Contraloría General a retrámite, eliminando las partes viciadas cuando la objeción es parcial.

B.2c. Ordenar su invalidación por otro decreto.

En los primeros casos hay una voluntad tácita de invalidación y en el tercero, expresa.

Todo ello quiere decir que el Presidente de la República -órgano por excelencia de la Administración del Estado -*se encuentra facultado a nivel constitucional para invalidar sus actos en las situaciones referidas.*

Si se propugnara lo contrario, habría que entender que el Presidente de la República, en los casos mencionados, es decir, cuando representados los decretos o resoluciones y él convenga en la existencia de los vicios, tendría que accionar ante los tribunales para que se declare la nulidad. Tal posición sería lamentablemente imprudente, irrazonable y por lo tanto ilícita.

C. *Desarrollo y aplicación concreta de esa disposición constitucional (del art. 6º incisos 1º y 3º de la C.P.) en los artículos 2º, 8º, 9º y 10º de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*

Este punto se expondrá en concordancia con las opiniones de los profesores Pedro Pierry A.,³⁵ Enrique Silva C.,³⁶ Arturo Aylwin A.³⁷ y Domingo Hernández E.³⁸

La ley referida al consagrar las disposiciones de los arts. 2, 8, 9 y 10, no ha hecho sino dar aplicación, con determinada inteligencia a lo dispuesto en el artículo 6º, incisos 1º y 3º, de la Carta Política.

A este respecto lo primero que corresponde ponderar es lo dispuesto en el artículo 2º, el cual, además de reproducir, en lo sustancial y referido a la Administración del Estado, las normas de los arts. 6º, incisos 1º, y 7º, inciso 2º, de la Ley Fundamental, es perentorio al prescribir en que el *abuso y exceso de poder dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*. Los recursos son los administrativos y las

³⁵ El argumento que se desarrollará ha sido también compartido por el profesor señor Pedro Pierry Arrau. Ob. Cit. Págs. 95 y 96, quien señala:

En primer término, *la propia Ley de Bases, que en su artículo 9 dice que los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley, se podrá siempre interponer el de reposición y cuando proceda el recurso jerárquico*. Entonces, se agrega que ya el hecho que la Ley de Bases acepte la reposición contiene un reconocimiento expreso de la potestad invalidatoria de la Administración".

³⁶ El profesor don Enrique SILVA CIMMA. Ob. Cit. Pág. 158 hace el agregado con la referencia al artículo 2º. Dicho catedrático estima que tal precepto: "al consignar la existencia de acciones y recursos, admite que los administrados puedan hacer uso de la vía jurisdiccional y de la vía administrativa, respectivamente", y la segunda, mediante los recursos de reposición y jerárquico".

³⁷ Arturo AYLWIN AZÓCAR. *Principios de la Ley Orgánica de la Administración del Estado y Pautas para el Análisis de su Título I*. En Revista Chilena de Derecho. U D 16, Págs. 399 y 400. Este autor expresa en relación al principio de la Competencia:

"Con todo, es digno de destacar que tanto respecto de este principio como en cuanto a la legalidad cobra particular transcendencia lo consignado en el inciso final del artículo 2º al disponer que "todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades (de los órganos de la Administración) *dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*." Es decir, este precepto es terminante en dejar establecido que los afectados por cualquier abuso o exceso de la autoridad están en condiciones de actuar en protección de sus derechos, tanto por la vía administrativa como la jurisdiccional.

Dicho de otro modo, el legislador no concibe la posibilidad de que el administrado quede desprotegido frente a cualquier actuación arbitraria o ilegal de la Administración."

Principio de la Impugnación. El artículo 9º consagra formalmente el principio de que *los actos de la Administración son impugnables*.

Conviene recordar los términos en que está redactado este precepto:

Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. *Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.*

La norma recién transcrita deja entregados a la determinación de la ley corriente los procedimientos a que *habrán de someterse estos mecanismos de impugnación*. Pero, desde ya, y sin condicionamiento a la dictación de ninguna otra norma, *aquella reconoce, de pleno derecho, dos recursos, el de reposición ante la propia autoridad que dicta el acto y el jerárquico ante el superior correspondiente*. Es decir, estos recursos entraron en plena vigencia desde la publicación de la ley Nº 18.575, sin perjuicio de que en el futuro puedan ser regulados por una ley común".

Agrega más adelante:

"Por otra parte, *debe entenderse que la facultad de pedir reconsideración o la de recurrir por vía jerárquica, en su caso, conlleva la obligación implícita de la autoridad correspondiente para pronunciarse dentro de un término prudencial*."

³⁸ Domingo HERNÁNDEZ E. Informe en derecho encargado por el Instituto de Normalización Previsional (inédito) el cual se orienta en el mismo sentido.

acciones son las jurisdiccionales, según resulta claramente de lo prevenido en el artículo 9 que emplea las expresiones en este entendido.

Adviértase la claridad de la norma que, al conjugar el deber de observar el principio de juridicidad por la Administración del Estado, art. 6º, inciso 1º, con el requisito de competencia legal del art. 7º, inciso 2º y con los medios para impugnar la infracción que se cometa por los órganos del Estado, confiere o determina una inteligencia y una aplicación de los preceptos de los arts. 6º y 7º de la Carta Política en el sentido de que sea la propia Administración quien pueda revisar sus actos, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales. Además la historia fidedigna del establecimiento de la norma mencionada se inclina por esta afirmación al decir el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa -único antecedente que contiene un comentario sobre el precepto: "Esta norma se refiere al principio de legalidad que rige la actividad de la Administración, *en conformidad con los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, dejando claramente establecido los efectos perseguidos por este principio*".

En segundo lugar, el art. 9º, que establece tanto el recurso gracioso o de reposición como el recurso jerárquico, ha previsto, a través de esos medios, la invalidación; vale decir, que ha facultado a la Administración del Estado para que deje sin efecto el acto que adolece de vicio frente al orden jurídico, y su fuente inmediata -la del art. 9º- es la mencionada disposición constitucional.

De otra forma, la preceptiva del artículo 9º no tendría razón de ser. Lo mismo dicho de otra forma, si tal precepto señala que "los actos administrativos *serán impugnables* mediante los recursos que establezca la ley" (estos recursos son actualmente de reposición y jerárquico), es porque la autoridad ante quien se impugnan puede acoger la reclamación mediante la declaración de nulidad de tales actos.

Es necesario, en tercer término, mencionar lo prevenido en los artículos 8º y 10 de la ley Nº 18.575. En virtud de ellos, las autoridades y jefaturas, que deben actuar de oficio, *ejercerán* un control jerárquico permanente respecto de la actuación de los órganos y funcionarios dependientes. Este control comprende, entre otros, el control de juridicidad y por lo tanto, obliga a las jefaturas a revisar las acciones de sus colaboradores y si éstas no se ajustaren a derecho tendrán que enmendarlas.

Al consignar estos artículos, 2, 8, 9 y 10, el legislador de la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575, da cabal cumplimiento al inciso 1º, como al inciso 3º, del artículo 6º de la Ley Suprema.

Debe advertirse finalmente que ni la norma del art. 6º de la Carta Fundamental ni los preceptos consagrados en los arts. 2, 8, 9 y 10 de la ley 18.575, *hacen distinción alguna respecto de si los actos impugnables son de contenido favorable o no para los particulares*. Más aún, confirman este juicio, al establecer que el recurso de reposición procederá *siempre* y que el jerárquico sólo ha de reconocer la limitación de la existencia del Superior Jerárquico.

D. *El llamado recurso de ilegalidad en materia municipal y de Gobiernos Regionales razona en el mismo sentido, como también los previstos en otras normas*

1) El Alcalde y el Intendente, en su caso, frente a petición -etapa administrativo de anulación- puede declarar inválido el acto (art. 136 de la Ley Nº 18.695).

2) Si el alcalde o el Intendente, en su caso rechaza el reclamo en forma expresa o por voluntad presunta, se da lugar a la etapa jurisdiccional propiamente y los Tri-

bunales Cortes de Apelaciones, pueden anular el acto o declarar la omisión ilegal (art. 102 de la Ley N° 19.175).

3) Este sistema se da en otros cuerpos normativos, como por ejemplo, en el art. 80 del Decreto Ley N° 1939 de 1977 -que versa sobre la adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado. Dicho precepto, en su inciso 3°, legisla acerca del término inmediato del arrendamiento de bienes fiscales por incumplimiento del arrendatario, de cuya caducidad, ordenada administrativamente, el arrendatario puede reclamar ante la Dirección de Bienes Nacionales y en caso de rechazo ante la Corte de Apelaciones respectiva.

4) Las normas de los arts. 154 y 156 del Estatuto Administrativo y del Municipal, leyes N° 18.834 y 18.883 facultan a los funcionarios para reclamar, en determinado plazo, ante la Contraloría General de la República, *de los vicios de legalidad* que afectaren sus derechos. La Contraloría resolverá el reclamo, previa audiencia de servicio público respectivo. Si la entidad contralora acoge el reclamo, no puede haber duda de la obligación de la Administración del Estado de invalidar el acto.

E. *Tanto las disposiciones de los artículos 2, 8, 9 y 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, cuanto las consignadas en los artículos 136 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipios, N° 18.695, y 102 de la Ley Orgánica Constitucional de los Gobiernos Regionales, N° 19.175 son preceptos que deben estimarse ajustados a la Carta Política.*

Esas preceptivas se encuentran ajustadas a lo dispuesto en el artículo 6°, inciso 1°, de la Ley Fundamental como ya se explicó.

Es por esta razón, probablemente, que el Tribunal Constitucional al examinar, en el control preventivo, tales leyes orgánicas constitucionales no reparó, no representó, las disposiciones mencionadas. De haber participado del criterio de la falta de facultades del Alcalde, del Intendente o de cualquier órgano administrativo para revocar y declarar la nulidad de sus actos, fundado en el art. 73 de la Constitución Política, habría tenido necesariamente que objetar e impedir que tales preceptos se convirtieran en leyes.

No es de extrañar el comportamiento del Tribunal mencionado, ya que las normas de la Carta Política deben entenderse sobre la base de un criterio armónico. Y más aún, cuando el artículo 6°, por hallarse ubicado en la Constitución en el Título de las Bases de la Institucionalidad, sirve para ilustrar el sentido de otros preceptos, para llenar vacíos y para superar posibles contradicciones.³⁹

Lo mismo dicho con otras palabras, los artículos 73 y 19 N° 24 de la Ley Fundamental no pueden sobrepasar al artículo 6°, sino que aquellos deben interpretarse a la luz de éste.

Pretender que los órganos de la Administración del Estado no pueden invalidar sus actos por tales preceptos significa, importa, asimismo afirmar que las disposiciones citadas de las leyes orgánicas constitucionales mencionadas serían nulas y aún de pleno derecho por vicio de inconstitucionalidad, lo que, según se vio, resulta inaceptable.⁴⁰

³⁹ José Luis CEA EGAÑA. *Bases para la interpretación auténtica de la Constitución*. Revista Chilena de Derecho N° 1-4 Págs. 285-305.

⁴⁰ Pedro PIERRY ARRAU. Ob. Cit. Pág. 98 quien expresa, refiriéndose al artículo 136 de la ley N° 18.695, lo siguiente:

F. *La potestad reglamentaria del Presidente de la República comprende la facultad de invalidación de instrucciones, decretos y reglamentos*

El art. 32 N° 8 consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Dicho poder habilita al Primer Mandatario para dictar reglamentos, decretos e instrucciones. Ello conlleva también la facultad de dejarlos sin efectos. La razón o el motivo de la autoridad puede ser de juridicidad y aun por mérito. Cualquiera de esas concreciones provienen del ejercicio de dicho poder, conferido al Jefe del Estado expresamente y con facultad *especial* por la Carta Política.

¿Podría argumentarse seriamente que el Primer Mandatario no estaría en condiciones de dejar sin efecto los reglamentos? ¿Podría afirmarse que procedería la anulación de reglamentos y no la de los decretos e instrucciones?

Tal respuesta sería necesariamente negativa, pues tal distinción sería del todo antojadiza y absurda.

En consecuencia, la potestad reglamentaria confiere atribuciones al Presidente de la República, tanto para dictar los reglamentos, decretos o instrucciones, como asimismo para dejarlos sin efecto, sea por razones de mérito, sea por motivos de juridicidad.

Negar la facultad de invalidar a la Administración del Estado, a través de quien o quienes el Presidente de la República ejerce su función administrativa (art. 24 y 3° y 103 de la C.P. y 1° de la ley 18.575), es negar la atribución del Primer Mandatario de invalidar los reglamentos, decretos o instrucciones, es decir, es negar su potestad reglamentaria, y dicha negativa vulnera la disposición del art. 32 N° 8 de la Constitución Política.

G. *Carencia de atribuciones de los órganos de la Administración del Estado para recurrir de protección y por acción de nulidad del contencioso-administrativo contra sus propios actos. El recurso de lesividad español. Contendias de competencia ante el Senado.*

A diferencia de lo que ocurre en España, en cuyo país el ordenamiento jurídico, concretamente la Ley de Procedimiento Administrativo, establece expresamente que, *en determinada hipótesis excepcional*, la Administración puede recurrir ante los tribunales en demanda de la nulidad de determinados actos (los declarativos de derechos de los administrados y siempre que la causal de impugnación sea anulabilidad y no nulidad de pleno derecho, ni se trate de actos declarativos de derecho que infringen manifiestamente la ley) mediante el llamado recurso de lesividad, en Chile no existe ley alguna que determine o habilite u obligue a los órganos de la Administración del Estado para recurrir de nulidad ante los tribunales respecto de sus propios actos administrativos en caso alguno.

Más aún, los principales recursos sobre la materia marginan tal posibilidad. En efecto, la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, que consagra el recurso de protección, se halla redactado en términos que no admiten la declaración de la nulidad de un acto propio de la Administración del Estado, por recurso interpuesto por ésta, por cuanto esa norma requiere que exista privación, perturba-

"Si nosotros aceptamos la tesis de E. Soto Kloss, de G. Fiamma en este caso, *todas las normas que establecen acciones de nulidad serían inconstitucionales*".

Agrega: "Esta norma de la ley de Municipalidades da 15 días para reclamar por el acto ilegal, tendría que ser inconstitucional, porque si la acción es imprescriptible, se puede ejercer siempre."

ción o amenaza de determinadas garantías constitucionales *del recurrente* originadas por el acto. ¿Podría estimarse que los actos administrativos de un órgano de la Administración del Estado causan al órgano emisor una privación, perturbación o amenaza de una garantía constitucional de la Administración, protegida por tal recurso judicial? Difícil sería imaginarse tal supuesto.

Respecto del artículo 38, inciso 2º, de la Ley Fundamental es absolutamente improcedente un recurso contencioso-administrativo de nulidad presentado por la propia Administración del Estado contra sí misma, ya que tal prescripción razona sobre la base del supuesto de que la Administración del Estado lesiona en sus derechos a cualquier persona. Este supuesto no es posible que se dé por los actos de la Administración contra sí misma, puesto que no sería sensato concebir que lesione por su acción sus propios derechos.⁴¹

Por otro lado, en todas estas acciones judiciales, debería cumplirse con el requisito de que existan dos partes que tengan pretensiones contradictorias, situación que no es posible de dar cuando el Estado actúa contra sí mismo. Para ello y para consagrar una excepción a tales exigencias, habría que dictar una norma constitucional o legal que creara una instancia como la del recurso de lesividad español. Ello no existe en Chile.

Por consiguiente, los órganos de la Administración del Estado, al no estar habilitados para entablar un recurso de protección o un recurso contencioso-administrativo de nulidad contra ellos mismos, no les queda otro camino que el de la propia invalidación. De otra manera quedan en una manifiesta situación de discriminación arbitraria e indefensión para regularizar los vicios de sus propios actos, a los cuales, incluso, podría verse impulsada por culpa o dolo de los beneficiarios o de terceros, aparte de que se estarían vulnerando las normas de los artículos 6º, incisos 1º y 3º de la Ley Suprema, cuanto los artículos 2º, 8º, 9º y 10 de la Ley 18.575.⁴²

Finalmente es preciso señalar que si algún recurso podrían intentar los órganos de la Administración del Estado ante otra autoridad fundados en alguna preceptiva positiva, éste sería el de plantear una contienda de competencia ante el Senado res-

⁴¹ En el mismo sentido, Pedro PIERRY ARRAU. Ob. Cit. Pág. 96, el cual señala:

"Y, por último, el art. 38 inciso 2º de la Constitución, que es justamente el que establece lo contencioso administrativo, el que establece el reclamo de los particulares de los derechos que y dice que "cualquiera persona que sea lesionada por la Administración, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley" pero esta acción que la ley concede, *la concede a los particulares, pero no a la Administración, porque se excluye a la Administración como recurrente en el caso de la acción de nulidad, lo que permite sostener, entonces, que tiene ella misma la potestad invalidatoria.*"

⁴² El profesor Arturo AYLWIN AZÓCAR, concordando con estos principios, asevera que los órganos administrativos, a diferencia de los particulares respecto de actos suyos *no pueden dejar de cumplir con un acto administrativo vigente* y por lo tanto se encontrarían en situaciones de desmedro frente a los particulares que sí pueden no dar cumplimiento a una obligación proveniente de un decreto o de cualquier contrato u orden jurídico a la espera de la instancia judicial.

Por su parte, el profesor Domingo HERNÁNDEZ EMPARANZA en su informe citado manifiesta.

"*La pretensión de que la Administración no podría revisar sus propios actos ilegales sino a través de los tribunales de justicia, quedándole igualmente vedado recurrir de protección en tal hipótesis, por no ser esa la vía idónea al efecto, es del todo improcedente y contraria al principio de igualdad ante la ley, pues se señala paralelamente que los particulares en idénticas circunstancias podrían derechamente ofrecer resistencia al acto ilegal o utilizar la vía cautelar que se niega al Estado.*"

pecto de los tribunales superiores de justicia, cuando éstos, conociendo de un recurso de protección, niegan a la Administración su competencia para invalidar el acto recurrido de amparo, sobre la base de lo establecido en el art. 49 N° 3, en relación a las normas de los artículos 6°, 20, 38, inciso 2° y 88 de la Ley Suprema.

III. EL PROYECTO, ACTUALMENTE EN TRÁMITE EN EL SENADO, DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PREVÉ Y REGULA LA INVALIDACIÓN

El proyecto aludido se pronuncia derecha y claramente por la invalidación. Al igual que como ya la ley 18.575 lo ha hecho, vuelve a razonar en el entendido de que la Administración del Estado puede tanto revocar -dejar sin efecto por razón de mérito y sin perjuicio de ciertas excepciones- como invalidar sus propios actos administrativos. Es así como dedica todo el Título III a la revisión de los actos administrativos. Distingue, en la etapa de los recursos administrativos, la facultad de revocación y la de invalidación, aun de oficio. Asimismo, se refiere someramente a la anulación mediante los recursos contencioso-administrativos (ante los tribunales). Regula también la procedencia en el tiempo de ambas etapas; hace obligatoria la primera antes de acudir a la segunda. Especial mención debe hacerse respecto de los artículos 70 al 87 que desarrollan detalladamente el ejercicio de la potestad invalidatoria como de la facultad de revocación de los actos administrativos.

IV. JURISPRUDENCIA

A. *Jurisprudencia Administrativa*⁴³

La doctrina que resulta de los pronunciamientos de la Contraloría General puede resumirse en la siguiente forma:

A partir desde 1959, la jurisprudencia administrativa del Organo de Control se orientó en el sentido de reconocer que:

1) Son diferentes las figuras jurídicas de la invalidación y la de la revocación. La segunda apunta a la extinción de un acto administrativo por razón de mérito y la primera a su término por vicios al principio de juridicidad al momento de su perfeccionamiento.

2) La invalidación es el nombre que se confiere a la declaración de nulidad de la propia Administración. La anulación denota la declaración judicial de nulidad.

3) La facultad de invalidar de la Administración no es poder discrecional sino reglado. Ante el vicio la Administración tiene el deber de invalidar.

4) Hace excepción al ejercicio de tal potestad la figura de la convalidación que en caso de defectos de menor entidad en el acto administrativo éstos pueden sanear-

⁴³ Se ha tenido en consideración los artículos de:
Eduardo SOTO KLOSS *La Invalidación de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno* en Revista de Derecho y Jurisprudencia T. 85 N° 3, 1988, Págs. 157 y siguientes.
Osvaldo VARGAS ZINCKE *Algunos aspectos sobre la Invalidación en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República* en Gaceta Jurídica, año 1995, N° 178, Págs. 35 y siguientes.

se, especialmente en casos de incompetencia por el grado o de formalidades de escasa importancia.

5) Tampoco es posible la invalidación cuando se trata de adquisición de beneficios previsionales por prescripción adquisitiva; aunque el acto de concesión de la pensión adolezca de vicio, pero si el titular la ha poseído por el término legal respectivo y alega esa prescripción no procede la invalidación.

6) La protección a los principios de buena fe y la seguridad o certeza jurídica inspiraron al ente Contralor a señalar que los terceros de buena fe que hubieren adquirido derechos sobre la base de un acto administrativo irregular no podrían ser afectados por nulidad alguna.

B. *Jurisprudencia Judicial*

B.1 *Exposición de la jurisprudencia judicial*

En términos generales, los tribunales de justicia, especialmente la Corte Suprema, han asentado una doctrina que rechaza la posibilidad de que la Administración del Estado invalide sus actos administrativos.

Los fundamentos de tal jurisprudencia podrían sintetizarse en cinco órdenes de razones.

B1a. *Carencia de facultades legales para invalidar*

Se ha dicho que no existe ley alguna que confiera a los órganos administrativos facultad para declarar la invalidación de sus propios actos administrativos.

B1b. *Las entidades administrativas deben accionar ante los tribunales* -únicos competentes en la materia- según el art. 73 de la Carta Política para solicitar la nulidad de los actos.

B1c. *En virtud de las pretendidas invalidaciones se privaría al particular afectado con ella de su derecho de propiedad* consolidado con el acto impugnado.

B1d. *No se respeta*, en la invalidación, *el debido proceso* exigido por el art. 19 N° 3 de la Ley Fundamental, al no oír al afectado, ni ponderar sus razones y pruebas.

B1e. *Existiría una autotutela y no una heterotutela judicial* al proceder por la propia Administración convirtiéndose éste en juez y parte.

Son numerosos los fallos que se han dictado en el sentido a que he hecho mención. Particularmente, existe respecto de las llamadas jubilaciones brujas, -por las que ya se ha pagado más de \$ 1.050.000.000 de pesos- numerosas sentencias en que se consagra tal doctrina.

Sobre el particular, pueden citarse algunos fallos de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

1) I.a Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 16-V-95, Recurso de Protección deducidos por doña Berta de la Cruz González Flores en contra del Instituto de Normalización Previsional, se pronunció en favor de la facultad de la Administración de invalidar sus propios actos al expresar en su considerando 4°: "Que en la hipótesis propuesta en el considerando anterior cabe preguntarse si la autoridad competente, en la especie el recurrido, puede dejar sin efecto la concesión de la pensión o debe seguir un juicio ante los tribunales para obtener la anulación".

"Debiendo la autoridad administrativa actuar conforme a las leyes y estableciendo la ley 18.575, Orgánica de la Administración del Estado, que los órganos de tal administración actuarán de propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones,

parece evidente que pueden dejar sin efecto resoluciones adoptadas teniendo como base antecedentes que, en revisión posterior, resultan falsos en cuanto no corresponden a los hechos de que dan cuenta".

Esta sentencia razona apoyada, sin decirlo, en la norma del artículo 6º, inciso 1º, de la C. Política y además, invoca, adecuada y certeramente, el principio de oficialidad, consagrado en el art. 8º de la Ley 18.575.

2) Sin embargo, esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema en fallo de 31-VII-95, y por el cual acoge la protección solicitada por la recurrente.

En lo que toca al problema en cuestión, es decir a si los órganos de la Administración del Estado pueden invalidar sus propios actos, los considerandos 3º y 4º y 7º escuetamente y sin mayor análisis y razones, dicen:

"Que como es *obvio*, para la concesión del beneficio de que se trata (jubilación), el instituto obligado *debió realizar previamente un examen completo de los antecedentes* que le acompañaba la solicitante como de aquellos que se encontraban en su poder, dando origen a un derecho que se incorporó al patrimonio del beneficiario y cuya existencia y ejercicio se encuentren amparados por el ordenamiento jurídico".

"Que, en esas condiciones con la actuación realizada por el INP, *lo que hizo de una manera unilateral*, se incurrió en un acto ilegal, *pues éste carece de facultades para ello*".

B2. Crítica a la jurisprudencia judicial

B2a. Carencia de facultades invalidatorias

A través de todo el examen practicado en estas reflexiones, creo que ha quedado en claro que la Administración del Estado es titular de la facultad invalidatoria (arts. 6º y 32 Nº 8 y 88 de la Constitución Política; arts. 2, 3, 8, 9 y 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; arts. 154 y 156 de los Estatutos Administrativos General y Municipal y otros.

B2b. Acción de la Administración del Estado ante los tribunales para invalidar sus propios actos

Debe recordarse, como ya se expresó, que no existe en Chile -a diferencia de España- preceptos legales que obliguen o siquiera faculten a los órganos administrativos para accionar contra sí mismos (Recurso de Lesividad). No debe olvidarse lo ya apuntado en el sentido de que tanto el art. 20, como el art. 38, inciso 2º de la Ley Suprema razonan sobre la base de que particulares son los que accionan y nunca el Estado contra sí mismo. Aparte de que la invalidación -en su etapa administrativa- no supone necesariamente un pronunciamiento jurisdiccional, pues la declaración es administrativa por desprenderse así de lo dispuesto en las normas de los arts. 6º, 32 Nº 8, 88, 20 y 38, inciso 2º de la Carta Política y de un sinnúmero de otras disposiciones legales como las contempladas en los arts. 2, 3, 8, 9 y 10 de la Ley 18.575.

B2c. Autotutela administrativa y heterotutela judicial

Gran parte de la cuestión se plantea en términos extremos en cuanto a que no es posible que la autoridad administrativa pueda invalidar sus propios actos administrativos, porque, en tal evento se estima la presencia de una autotutela, en circunstancias de que, según lo prevenido en el art. 73 de la Ley Suprema, el conocimiento, juzgamiento y el cumplimiento de lo fallado, es decir, los asuntos jurisdiccionales son de competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, esto es, sólo existe el sistema de heterotutela judicial. Se añade que además debe existir un debido proceso, art. 19 Nº 3 de la Carta Fundamental que en la invalidación no existiría.

Aparte de que en Chile hay órganos estatales que no son tribunales y están constitucionalmente dotados de función jurisdiccional, como el Senado y la Contraloría General de la República, en los procesos de acusación constitucional y contiendas de competencia, y juicio de cuentas respectivamente, el problema no se puede plantear ni solucionar en estos términos.

Debe recordarse que el principio de la separación de los poderes, actualmente se enuncia como el de la distribución equilibrada o interrelacionada de las funciones del Estado, lo que armoniza con la interpretación armónica de las distintas normas de la Ley Suprema. De tal forma que cada Órgano estatal pueda tener principalmente una función, pero no toda su exclusividad. Y por ello también es posible que exista una etapa administrativa de revisión de los actos administrativos que se concilia y complementa con una etapa jurisdiccional, es decir, pueden coexistir una autotela con una heterotutela.

En consecuencia, en definitiva, lo que interesa, es que la función propiamente jurisdiccional sea cumplida como etapa final por los tribunales de justicia; es decir, se trata de conciliar la existencia de una etapa previa administrativa en la que se pueda revocar e invalidar los actos administrativos por la propia Administración con una etapa final y definitiva, de carácter exclusivamente jurisdiccional, en la cual los Tribunales de Justicia dirán la última palabra sobre el tema.

La existencia de una etapa previa administrativa, como se expresó, se orienta a que la propia Administración, a petición de parte o de oficio, invalide actos irregulares suyos, sin perjuicio de determinadas excepciones, que serían aplicables a los órganos administrativos, cuanto a los tribunales, fundadas en la buena fe de los terceros y en la certeza jurídica respecto de situaciones o derechos consolidados.

Estas dos etapas han sido expresa y claramente previstas en los arts. 2º, 9º y 10 de la Ley 18.575.

De acuerdo con el artículo 9º hay dos etapas de impugnación de los actos administrativos. En efecto, la parte primera de la norma consagra la etapa inicial de carácter administrativo al exponer que *los actos administrativos serán impugnables*, mediante los recursos que establezca la ley. Y estos recursos son, según el mismo precepto, los de reposición y jerárquico.

Luego existe una segunda etapa que se encuentra prevista al decir dicho artículo que lo primero es "sin perjuicio de las *acciones jurisdiccionales* a que haya lugar".

La historia fidedigna de establecimiento del precepto⁴⁴ revela que la norma fue inicialmente prevista en dos artículos muy clarificadores en el sentido señalado y que son del siguiente tenor:

Art. 31: "Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos administrativos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el recurso de reposición, ante el mismo órgano que hubiese dictado el acto respectivo y el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente."

Art. 32: "Lo dispuesto en este título es sin perjuicio de las acciones y recursos jurisdiccionales que sean procedentes para impugnar los actos administrativos."

⁴⁴ El Mensaje Presidencial consideraba estos dos artículos, Pág. 57 Boletín N° 601-06 Junta de Gobierno.

Según estos preceptos hay dos formas o dos etapas para impugnar los actos administrativos: una administrativa y una jurisdiccional. La refundición de estos artículos no ha alterado en nada su contenido.

En esta forma, hay un verdadero sistema nacional de control de juridicidad de los actos administrativos que, sin lugar a dudas, otorga una mayor protección a los particulares y hace más eficaces y eficientes los procedimientos y decisiones en la materia.

La concepción humanista y cristiana, que profesa la Carta Fundamental de 1980, conlleva, como valor primordial, el reconocimiento del individuo, debiendo ampararse en sus derechos fundamentales a través de los grandes principios, como son los de juridicidad, probidad, eficiencia, racionalidad y subsidiariedad, y por supuesto, para ello, para que esos elementos sean reales, es necesario un íntegro sistema nacional de control (parlamentario-administrativo-judicial) y no sólo un órgano de fiscalización que, por muy importante que sea, presenta debilidades que otros órganos de control suplen (rapidez, eficiencia, oportunidad, etc.). Dicho de otra forma, y como ya se expresó, se da a las personas una mejor y más completa protección que de otra forma, siempre va a tener vacíos; pues las sentencias judiciales sólo se pronunciarán a instancia de parte y no de oficio y tales sentencias no producen efectos erga homines.

Por otra parte y en refuerzo de la conclusión a que se ha arribado, no se debe olvidar que una norma constitucional no puede, como se ha dicho reiteradamente en la cátedra y aún en la jurisprudencia (incluso en la resolución del Senado de las contiendas de competencia entre los Tribunales Superiores de Justicia y la Contraloría General) ser interpretada aisladamente, no sería posible entonces, establecer el alcance del precepto del artículo 73 de la Constitución Política aisladamente, sino, por el contrario, debe entenderse en la inteligencia de los preceptos de los artículos 6º, 12, 20, 38, inciso 2º, 32, Nº 8 y 88. Tal interpretación armónica lleva necesariamente a la conclusión que se ha propugnado en este estudio, es decir, contemplando las dos etapas de impugnación que la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ha previsto, desarrollado y recogido, al concretarlos en los preceptos de los arts. 2º, 9 y 10.

B2d. *El debido proceso*: En lo que concierne, al *debido proceso*, es necesario precisar que el acto administrativo posee un proceso de elaboración en el cual rigen principios tales como el de la audiencia y contradictoriedad. Ellos suponen que al afectado por el acto debe siempre oírsele y resolver sus peticiones. La Constitución Política prevé esta situación al determinar que es materia de ley -art. 60 Nº 18- la que fije las bases de los procedimientos que rijen los actos de la Administración Pública. Por consiguiente, en todo procedimiento en vigor se debe dar tal debido proceso (sumario e instrucción de sumarios Estatuto Administrativo del procedimiento de expropiación del DL 2186, por citar algunos). Como la ley de procedimiento general no ha sido aún perfeccionada y en consideración a los elementos que se acaban de señalar, toda invalidación de un acto que afecta a alguien no puede emitirse sin oír al afectado. Luego, el juicio de los tribunales en la materia es procedente en la medida en que no se hubiera dado audiencia al afectado dentro del proceso de elaboración de un acto invalidatorio.

B2e. *¿Tendría la calificación de acto expropiatorio aquél que invalida un acto que concede un determinado beneficio?*

Se ha pretendido que, por la invalidación de un acto administrativo que concede un determinado beneficio a un particular, se estaría privando de un derecho de dominio al afectado por la nulidad, y por lo tanto, se vulneraría la garantía constitucional prevista en el art. 19 N° 24 que sólo prevé, como causal de privación del dominio, a la expropiación. Por lo tanto, el acto invalidatorio al ser expropiatorio sería impropio.

La Constitución Política de 1925 y hasta la entrada en vigencia de la modificación al art. 10 de ella que se aprobó por la ley N° 16.615 contemplaba como causales de pérdida del dominio a la expropiación y a la sentencia judicial. En virtud de tal enmienda constitucional, confirmada en la actual norma en vigor -art. 19 N° 24- se eliminó la referencia a la sentencia judicial como causal de pérdida de la propiedad. La razón que se esgrimió fue la de que los fallos no hacen perder ni adquirir el dominio puesto que ellos *son declarativos*, resolviendo un conflicto, por regla general⁴⁵.

La misma calificación jurídica concurre en el acto invalidatorio de la Administración, pues él sólo ha de declarar la existencia de la infracción al principio de juridicidad y como consecuencia anulará el acto administrativo viciado, pero no va a privar ni atribuir dominio a nadie.

Si la consecuencia de un fallo judicial declarativo es que el dominio pertenece a A y no a B y tal pronunciamiento no es atributivo ni por él se priva de una propiedad, tampoco lo es el acto administrativo invalidatorio que, por sí, no atribuye ni priva del dominio a nadie.

Lo anterior también sucede con la caducidad en que un derecho nace sujeto a una condición resolutoria y el acto que la declara no atribuye ni priva por sí de una propiedad.

El constituyente de la norma en vigencia ha sido criterioso al entender, como lo hizo, lo que se expresó, por cuanto sí, según lo prescrito en el artículo 6°, inciso 2°, de la Ley Suprema, tanto gobernantes y gobernados se hallan sometidos a la Constitución Política y a los órdenes jurídicos que ella contemple, es necesario corolario que si se adquiere un derecho -tanto en la esfera privada como en la pública- dicha adquisición lo sea en el entendido, con la condición, en el supuesto, de habersele adquirido respetando el principio de juridicidad. Por ello es que la sentencia es declaratoria del derecho al resolver el conflicto; por ello, el acto invalidatorio es declarativo de la infracción en el acto administrativo en el que recae y ninguno de ellos es expropiatorio. Entenderlo de otra manera, es no conocer sino ignorar los principios básicos del art. 6° de la Carta Política y recto sentido del art. 19 N° 24.

⁴⁵ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política. Sesión 149, de 2-IX-75, Págs. 7 y siguientes. Constitución de 1925. Diario de Sesiones del Senado, Sesión 93, de 12-IV-66, Pág. 5986; y Sesión 25, de 19-VII-66, Págs. 1660 y 1740.