



Artículos



Santiago, 8 de agosto de 2019

La nulidad de derecho público frente a materias distintas del acto administrativo.

Pareciera que el carácter operativo de la Carta Fundamental ?y en particular de su artículo 7°- ha visto empobrecido su ámbito de aplicación general, ya sea por el desarrollo legislativo y/o jurisprudencial, circunscribiendo esta nulidad solo al casillero del Derecho Administrativo chileno.

Por: Fernando Pinto

Al documentarse sobre el tema en cuestión *-la Nulidad de Derecho Público-*, lo primero que salta a simple vista es su carácter de tópico complejo y en el que la doctrina y jurisprudencia no han logrado, aun a la fecha, conciliar acuerdo. Se trata, en definitiva, de una materia no pacífica en la que importantes juristas han dedicado gran cantidad de líneas y tiempo para descifrar su origen, naturaleza jurídica, carácter operativo, ámbito de aplicación, efectos, y vigencia, entre otros.

Sin embargo, este artículo centra su eje de estudio en una materia que a la fecha se ha transformado en foco de controversia dogmática y jurisprudencial ya que, pareciera, toda la atención ha decantado en circunscribir la aplicación de esta sanción a los actos de la Administración del Estado, como si el mandato constitucional así lo refiriese expresamente, y olvidando que la expresión “órganos del Estado”^[1] -empleada en la norma- abarca mucho más que solo a la Administración^[2]. Así, nos adentraremos en la misión de relevar la importancia de *la Nulidad de Derecho Público frente a materias distintas del acto administrativo*, y las implicancias que ello trae consigo.

En efecto, ya en el año 1990, el profesor Soto Kloss planteaba una discusión capital sobre la juridicidad de los actos estatales, sean legislativos, jurisdiccionales, administrativos o contralores^[3], y la posibilidad de que estos sean materia de impugnación en caso de contravención al texto constitucional.

Para poder comprender aquello, es necesario adentrarse en el carácter operativo de la propia Constitución, encontrando su sustento en los límites jurídicos formales y materiales que ella determina, cuyo cumplimiento puede controlar la jurisdicción constitucional, y cuyo principal cometido es la defensa jurídica del orden constitucional^[4].

La Constitución chilena vigente, en su artículo 6°, determina que “*Los órganos del Estado deben*

someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”[5]. Agregando, en su inciso 2°, que *“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”[6]. El artículo cierra con su inciso 3°, que precisa: *“La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*”[7].

Así, la Carta Fundamental se cimienta como el fundamento de legitimidad y validez de todo el ordenamiento institucional instituido por ella. Toda producción normativa de los órganos estatales, como asimismo, todos los actos de particulares, deben guardar sujeción a la Constitución. Ello constituye una verdadera obligación jurídica que genera responsabilidades y sanciones de suyo vinculantes.

De la misma forma, el artículo 7° de la Constitución refuerza tales reglas en sus dos primeros incisos, que versan: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”***[8]**. Y agrega, *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*[9].

Con ello, todo órgano estatal deberá operar con la investidura regular que en cada caso determine la Constitución o las leyes que la complementan, sólo dentro de las competencias determinadas por el ordenamiento jurídico y sometiéndose a todas las formalidades que éste determine[10]. Asimismo, en el ordenamiento jurídico chileno ningún órgano estatal o autoridad puede atribuirse competencias diferentes que las que el propio ordenamiento jurídico le haya atribuido, ni siquiera circunstancias extraordinarias posibilitan o legitiman la atribución de competencias no expresamente otorgadas por la Constitución y las leyes que conforme a ella se hayan dictado.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 7° cierra la disposición, señalando que *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*[11].

Así, la Constitución no se ha contentado solo con establecer y determinar mecanismos de control -específicos y exclusivos- para la Administración. En efecto, y en palabras del propio Soto Kloss, *“ha establecido -y es su originalidad, ya desde 1833- una sanción específica para aquellos actos que contravengan los requisitos de validez que estipulan los incisos 1° y 2° del artículo 7°. Esa sanción es la nulidad, sanción que les afecta ipso iure, de pleno derecho y, consecuentemente, de modo insanable e imprescriptible”*[12]. Respecto de la imprescriptibilidad nos referiremos más adelante, por tratarse de un tópico especialmente controvertido.

Como se advierte, esta sanción es un mecanismo de tutela o salvaguarda y defensa o protección de la supremacía de la Constitución frente a todo acto de órgano estatal que no se adecue a su precepto fundamental del artículo 7°, de la supremacía de sus disposiciones dentro del ordenamiento jurídico de la República[13] y, en definitiva, de su valor eminente como base de sustentación de todo el orden institucional.

Se trata del instrumento privilegiado, mecanismo-eje, piedra angular, del sistema constitucional chileno, que el constituyente ha imaginado (desde 1833) para obtener concretamente, *ipso iure* -por su misma consagración en el texto fundamental, y operativo de suyo- la sujeción integral, plena y total, de los órganos del Estado[14] a derecho, expresada en la Constitución, en sus principios fundamentales y en sus disposiciones[15].

Ahora bien, y no obstante la definición preliminar del concepto que entregamos en la primera parte

-a la que adherimos[16]-, es necesario precisar que solo es posible encontrar la expresión “*Nulidad de Derecho Público*” en discursos dogmáticos y judiciales del Derecho Administrativo chileno. Otras expresiones semejantes como, por ejemplo, “*Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público*” y “*Acción de Nulidad de Derecho Público*” tampoco se pueden hallar fuera de estos discursos. No hay legislación chilena (histórica o vigente) que use esta expresión (u otras semejantes). En otras palabras, no hay normas explícitas que regulen aquello que se designa con estas expresiones, usando estas palabras u otras análogas[17].

Sin embargo, podemos apreciar que el texto de la Constitución de 1833 contenía dos disposiciones sobre el asunto investigado: los artículos 159 y 160. Con la reforma constitucional del 9 de agosto de 1888 se cambió la numeración y los artículos quedaron con los números 150 (159) y 151 (160). El texto de ambos artículos no fue modificado durante la vigencia de esa Constitución. La Constitución de 1925 cambió la ubicación de estos dos artículos: el artículo 150 (159) pasó a ser el artículo 3º y el artículo 151 (160) tomó la ubicación del artículo 4º. La redacción de ambos cambió solo mínimamente: en el artículo 150 (159) el verbo “puede” fue reemplazado por “pueden” y la preposición “a” por “en”. En el artículo 151 (160) el verbo “haya” fue sustituido por “hayan”[18].

Ya en 1973 el gobierno de turno formó la *Comisión de Estudios para la Nueva Constitución* (abreviada como CENC). Ésta redactó el primer borrador de la Constitución de 1980, tomando como base los artículos 3º y 4º de la Constitución de 1925 para escribir los nuevos artículos 6º y 7º[19]. El año 2005 entró en vigencia una importante reforma a la Constitución de 1980 y algunos dogmáticos sostuvieron que ella era una nueva Constitución y la restauración de una vieja filosofía constitucional de la república[20]. Sin embargo, desde 1990 hasta el año 2005 se aprobaron trece mensajes presidenciales con modificaciones al texto constitucional que no afectaron las disposiciones constitucionales implicadas en el asunto que se estudia[21].

Así las cosas, y teniendo presente que la legislación no se hizo cargo de desarrollar el contenido y alcance de la *Nulidad de Derecho Público*, se hace necesario girar la mirada al desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se le ha dado. En tal sentido, es posible reconocer no menos de cuatro versiones diferentes de la argumentación sobre esta materia, a saber: las posiciones de Mario Bernaschina González, Eduardo Soto Kloss, Pedro Pierry Arrau, y Jorge Bermúdez Soto[22]. No obstante ello, centraremos el estudio en la versión planteada por el profesor Soto Kloss, con los matices que introducen los profesores Pierry, Bocksang[23] y Carrasco[24], entre otros, por ser -a nuestro juicio- las que más trascendencia dogmática y jurisprudencial han alcanzado hasta nuestros días.

En esta dirección, bajo el postulado de Soto Kloss, el artículo 7 inciso 3º de las Constitución, en relación al adjetivo *todo* y al sustantivo *acto*, debe entenderse que “cuando se dice de algo ‘todo’, se está signi?cando en ello que es ‘sin excepción’, que nada se excluye de su a?rmación, que nada queda fuera de su alcance, que lo comprende en su enteridad. Cuando se prescribe en el inicio del inciso 3º del artículo 7º de la Constitución que ‘todo acto’, lo que está ordenando y estableciendo es que ningún acto queda exceptuado de su mandato, sea cual fuere tal acto, ya en la función en que recae, ya en la jerarquía de su autor, ya en su naturaleza especí?ca. En efecto, ello rige y es aplicable a todo tipo de función estatal, desde la constituyente pasando por la legislativa y la jurisdiccional hasta la administrativa y contralora: cualquier acto, de cualquiera de dichas funciones, que contravenga el artículo 7º es nulo; ninguno queda excluido, pues, todos están sometidos en su gestación (procedimiento de elaboración) como en su contenido a la Constitución, sin excepción. De allí que sea inconstitucional pretender que este precepto (artículo 7º inciso 3º en relación con sus incisos 1º y 2º precedentes) no fuera aplicable a algún acto de alguna autoridad estatal y pudiera, en consecuencia, escapar a su imperatividad y operatividad directa (artículo 6º inciso 2º). Bajo esta disposición está tanto el acto constituyente que lo viola, como cualquier acto legislativo o de órgano

parlamentario (*lato sensu*), jurisdiccional, administrativo y contralor que lo contraviene”[25].

Esta teoría afirma la procedencia de la Nulidad de Derecho Público a todos los actos de los órganos del Estado, en síntesis, se basa en una interpretación exegética del inciso 3° del artículo 7 de la Carta Fundamental. Para los partidarios de esta tesis, entre quienes nos incluimos –aunque con matices respecto de la imprescriptibilidad que desarrollaremos más adelante-, la *Nulidad de Derecho Público* se caracteriza por ser una nulidad de pleno derecho –*ipso iure*-, de carácter insanable, no susceptible de subsanación ni convalidación, atribuyéndosele un carácter imprescriptible que, en cuanto a sus efectos, se asemejaría a la inexistencia del respectivo acto[26].

Sin embargo, y como apreciaremos en el desarrollo de esta investigación, pareciera que el carácter operativo de la Carta Fundamental –y en particular de su artículo 7°- ha visto empobrecido su ámbito de aplicación general, ya sea por el desarrollo legislativo y/o jurisprudencial, circunscribiendo esta nulidad solo al casillero del Derecho Administrativo chileno.

Para constatar esto, y también para efectos prácticos, el desarrollo de las siguientes páginas se dividirá en tres títulos: *La Nulidad de Derecho Público y sus causales*; *Carácter operativo de la institución*; y *Aplicación frente a materias distintas del acto administrativo*. Con ello, se pretende dilucidar si, efectivamente, ¿será posible su aplicación respecto de otras materias? ¿Existirá fundamento legal o jurisprudencial para sostener esta hipótesis? ¿Qué ha dicho la doctrina al respecto? Todas interrogantes cuyo objeto será contrastar la realidad actual en que se encuentra esta importante, pero a la vez menospreciada, institución constitucional.

[1] En un sentido análogo se pronuncia el administrativista Silva Cimma quien, al referirse a los órganos constitucionalmente autónomos, señala que “(...) *Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado (...)*”. Silva Cimma Enrique, 1995, pp. 170-171.

[2] Entendiendo la expresión “*Administración*” en términos del artículo 1° inc.2° de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece: “*La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley*”. (Santiago, 8 agosto 2019)

[3] Soto Kloss, 1990, p. 12.

[4] Nogueira Alcalá, 2006, p. 440.

[5] Constitución Política de la República de Chile, 2005.

[6] Constitución Política de la República de Chile, 2005.

[7] Constitución Política de la República de Chile, 2005.

- [8] Constitución Política de la República de Chile, 2005.
- [9] Constitución Política de la República de Chile, 2005.
- [10] Nogueira Alcalá, 2006, p. 441.
- [11] Constitución Política de la República de Chile, 2005.
- [12] Soto Kloss, 1991, p. 419.
- [13] Soto Kloss, 1991, p. 419.
- [14] Soto Kloss, 1991, p. 420.
- [15] Cfr. con el Principio de Juridicidad del artículo 7° de la Constitución Política de la República de Chile, 2005.
- [16] Aunque con ciertos matices, especialmente respecto de la imprescriptibilidad.
- [17] Agüero San Juan (1), 2017, p. 225.
- [18] Agüero San Juan (2), 2017, p. 254.
- [19] Según se contiene en el inciso final del citado artículo: *“y originará la responsabilidad y sanciones que la ley señale”*.
- [20] Zapata señala: *“Más que hablar de una ‘nueva’ filosofía constitucional, entonces, cabría decir que las reformas de 2005 han vuelto a instalar en la Constitución la ‘vieja’ filosofía constitucional de nuestra República, la de 1810, 1833, 1925 y 1988: la democracia”*, en Cea Egaña /Correa González /Navarro Beltrán /Peña Torres /Ruiz-Tagle Vial /Tapia Valdés /Zapata Larráin, 2006, p. 83.
- [21] Agüero San Juan (2), 2017, p. 255.
- [22] Agüero San Juan (1), 2017, p. 226.
- [23] Bocksang Hola (1), 2013, pp. 49-72.
- [24] Nos referimos en este apartado al profesor Jaime Carrasco Poblete.
- [25] Soto Kloss, 2009, p. 439. En este mismo sentido cfr. Bocksang Hola (1), 2013, pp. 49-75; Fiamma Olivares, 1991, pp. 91-98; Pfeffer Urquiaga, 2005 p. 138.
- [26] Cfr. Carrasco Poblete, 2015, pp. 671-697.
-