

El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política.

Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común

I Principio de Legalidad

1. Introducción¹

El objeto de este trabajo consiste en analizar a partir del dato dado que representa el principio de legalidad, el alcance de las disposiciones constitucionales que tradicionalmente se han indicado como fundamento de la llamada nulidad de Derecho Público. Asimismo, a partir del análisis de una reciente sentencia de la Corte Suprema, se expondrá una probable solución a los problemas que plantea la escasa densidad normativa que en esta materia presenta el Derecho Administrativo chileno, planteándose la posibilidad de basar en normas de Derecho común la regulación de dicha institución.

2. Fundamento teórico

Desde una perspectiva general el principio de legalidad dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico. Es decir, que la sentencia del juez esté ajustada a Derecho, que el acto administrativo esté ajustado al ordenamiento en su conjunto y que la ley se ajuste a la Constitución.

En el caso específico de la Administración el principio de legalidad supone una “vinculación” de ésta al ordenamiento jurídico. *“El principio de juridicidad no expresa otra cosa que la idea de una limitación jurídica del poder público, entendido el término limitación en un sentido amplio. Se trata de una concreción del principio del Estado de Derecho, que exige la limitación jurídica del poder del Estado, exigencia llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución. El principio de juridicidad impone, por*

*profesor de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho PUCV.
ge.bermudez@ucv.cl

¹ Abreviaturas: LBGAFº: Ley Nº 18.575 orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado; CPR: Constitución Política de la República; DL: Decreto Ley; DFL: Decreto con Fuerza de Ley;

tanto, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten a Derecho".²

Sin embargo, la vinculación no sólo impone una actuación conforme a Derecho, toda vez que dicha obligación de juridicidad o de apego a la norma en la actuación, viene impuesta por el ordenamiento en cuanto tal y respecto de todos los sujetos, no sólo respecto de los órganos del Estado. El principio de legalidad supone algo más, algo que lo distingue de la imperatividad normal o pretensión de eficacia a todo trance que tiene el ordenamiento jurídico (norma de Derecho) en cuanto tal. En efecto, *"el principio de legalidad exige que no se autorice a la Administración para perseguir libremente sus fines, que no se concedan apoderamientos en blanco y que las normas sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa. De ese principio nace todo el Derecho Administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales"*.³

3. Principio de legalidad como autorización previa

Este resulta ser el *quid* del principio de legalidad. En virtud de este principio la actuación de la Administración debe realizarse con una previa habilitación o apoderamiento para actuar, no cabe actuación sin previa habilitación y mucho menos cabe un auto apoderamiento de potestades. Tampoco cabrán las autorizaciones genéricas o en blanco, es en este sentido *"atributivo"* en el que se debe entender en su real dimensión el principio de legalidad.⁴ Sin perjuicio de ello, la determinación del rango de la norma que atribuye la potestad, constituirá uno de los mayores problemas que se pueden plantear a la hora de dilucidar el alcance del principio de legalidad.⁵

² Ignacio de Otto, Derecho Constitucional, sistema de fuentes, Ed. Ariel, Barcelona 1995, p. 157.

³ Ignacio de Otto, Derecho Constitucional, sistema de fuentes, op. cit. p. 158.

⁴ Ello no significa que las potestades de la Administración deban venir totalmente regladas, este apoderamiento previo admite un margen dejado a la discrecionalidad (potestad discrecional).

⁵ Dietrich Jesch, Ley y Administración, Instituto de Estudios Administrativos Madrid 1978, p. 5, señala al respecto que "Cuando se habla de principio de legalidad, se quiere hacer referencia sobre todo a las diversas formas de sumisión del Ejecutivo a la Ley, que se expresan con los términos de primacía de la ley y reserva legal". Desde la perspectiva del principio de legalidad como fórmula de atribución de potestades resulta interesante destacar dos posturas: E. García de Enterría y T. Fernández Rodríguez, Curso de Administrativo Tomo I Ed. Civitas 7a. edición, Madrid 1995, p. 431, primero afirman que "La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente". Sin embargo, más adelante estos mismos autores señalan que (p. 437) "Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades atribuidas para ello por la legalidad existente habrá de comenzar por promover una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba". Y será a través de un Reglamento la forma en que se "autoatribuya" la potestad "...pues a través de este instrumento normativo la Administración puede autoatribuirse potestades nuevas y más intensas, autohabilitarse para una acción cada vez más absorbente y compleja...". Esta autoatribución no representa una quiebra del principio de legalidad ya que "la Administración utiliza para dictar el Reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria". En apoyo de esta idea Mariano López Benítez, Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Ed. Civitas Madrid 1994 pp. 380-381. En contra, Juan Miguel de la Cuétara, Las Potestades Administrativas, Ed. Tecnos Madrid 1986, pp. 80-81, quien refiriéndose a la doctrina anteriormente señalada afirma que: "Parece patente que esta explicación no es

La vinculación del actuar administrativo supone, como se señaló, no sólo un respeto al ordenamiento jurídico, propio de la vigencia normal de la norma de Derecho, el cual implica este deber de no contradicción de la norma, que recae incluso sobre los sujetos privados de Derecho. Es más, la vinculación positiva de la Administración en este sentido trae como consecuencia que ésta podrá realizar sólo aquello para lo cual fue expresamente autorizada y nada más.

4. Reconocimiento positivo del principio de legalidad

La vinculación positiva de la Administración del Estado al ordenamiento jurídico se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 inc. 1º CPR al vincular la actuación de los órganos del Estado a la CPR y a las normas que se dictan en su conformidad. Por su parte, una confirmación extraordinaria de lo dicho hasta aquí se contiene en el artículo 2 LBGAEº. Dicha norma dispone: *“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”*.

5. Diferencia entre actuación de la Administración y de los ciudadanos

He aquí la diferencia fundamental que impone el principio de legalidad respecto del actuar de la Administración frente a la autonomía privada o libertad individual que ampara la actuación de los individuos. La Administración sólo puede actuar previa habilitación (legalidad atributiva) pero dentro de su competencia y sin más atribuciones o potestades que las que le confiera el ordenamiento jurídico. Es decir, la actuación de la Administración opera una vez habilitada, pero la vinculación a la legalidad va más allá. En efecto, dentro de dicha habilitación sólo podrá realizar aquello que expresamente le ha sido autorizado. Es más, incluso aquellos ámbitos que se entregan a la potestad discrecional se encuentran regulados, al menos en la posibilidad de optar por una decisión y en las opciones mismas que el ordenamiento jurídico admite.

Un solo problema se vislumbra, y sólo lo señalaremos: las potestades deben venir atribuidas expresamente por el ordenamiento jurídico, pero no se señala el rango de la norma de atribución. Este problema se solucionará cuando se analiza el lugar de la ley dentro del entramado de fuentes que constituye el ordenamiento jurídico.

de recibo..., la idea de “autohabilitación” choca frontalmente con el propio concepto de potestad, puesto que consiéndolo ésta en la proyección de efectos jurídicos desde la voluntad de quien la ostenta a la esfera de quienes a ella están sujetos, es inadmisibles que nadie, ni siquiera –y mucho menos– la Administración pueda autoinvestirse, por sí misma, por su nuda capacidad de querer, de tan específico poder”.

II. Consagración positiva del principio de legalidad

1. Análisis de los artículos 6 y 7 de la Constitución

Desde una perspectiva histórica deben señalarse como antecedentes directos de los artículos 6 y 7 CPR tanto el artículo 160 de la Constitución de 1833 como los artículos 3 y 4 de la Constitución de 1925. En ellos se contenía una norma similar al actual artículo 7 inc. 2º.⁶

Hablar de Estado de Derecho supone reconocer una serie de principios que deben estar presentes en la configuración de las instituciones estatales, uno de ellos es el principio de la legalidad. En nuestro ordenamiento constitucional dicho principio es reconocido, si bien no expresamente, en cuanto no existe norma alguna que señale que la Administración debe someterse al "Principio de Legalidad", sí se recoge a partir de los artículos 6 y 7 CPR.

Análisis del artículo 6 de la Constitución

El ya citado artículo 6 inciso 1º dispone 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."

Esta norma puede ser analizada desde diversas perspectivas:

- Imperatividad del ordenamiento jurídico. En primer término destaca la imperatividad que respecto del Estado (persona jurídica estatal unitaria y los órganos en los que se descompone) adquieren las normas constitucionales (eficacia normativa de la Constitución) y también, ese mismo carácter predicado del resto del ordenamiento jurídico que lo compone, en cuanto dicho ordenamiento ha sido producido de acuerdo con la CPR. Más que destacar el carácter imperativo del ordenamiento jurídico en su conjunto, presupuesto necesario y evidente de toda norma de Derecho con pretensión de eficacia, lo que se desprende de el inc. 1º artículo 6 CPR es la consagración del principio de legalidad a nivel constitucional.
- Eficacia normativa de la Constitución. Predicar la imperatividad del ordenamiento jurídico resulta casi una redundancia. Predicar la imperatividad o eficacia de la norma constitucional supone un contenido y unas consecuencias

⁶ En efecto, el artículo 3 de la CPR de 1925 señalaba: "Ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrojándose sus derechos, ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición". Por su parte el artículo 4, idéntico al artículo 160 de la Constitución de 1833, disponía: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

de más largo alcance. En efecto, la eficacia normativa de la CPR se desarrolla en el inciso segundo del artículo 6 que dispone que:

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

- La eficacia normativa alcanza al Estado y a los privados. Esta imperatividad o eficacia normativa directa de la Constitución es respecto de los titulares e integrantes de dichos órganos, que conforman el complejo orgánico estatal, como también respecto de toda persona, institución o grupo. Consecuente con un análisis literal, sería lógicamente factible preguntarse si ¿el resto del ordenamiento jurídico no obliga a estas personas? Toda vez que el precepto del inc. 1 del artículo 6 que hace alusión a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico y que han sido dictadas conforme a la CPR se dirige sólo a los órganos del Estado (y más precisamente a la Administración en cuanto principio de legalidad) y el mandato de imperatividad extensivo a toda persona, institución o grupo se refiere sólo a la CPR. Evidentemente, la conclusión no puede ir por aceptar una falta de normatividad del resto del ordenamiento jurídico. Lo que ocurre es que la normatividad del resto de las fuentes del Derecho viene dada por el citado inciso primero. Predicar la imperatividad del ordenamiento jurídico respecto de los sujetos de Derecho privado no es más ni menos que hablar de la imperatividad del Derecho en sí mismo, cuestión que, desde luego, excede el objeto de este análisis.

La conclusión que se extrae del inc. 2º del artículo 6 es por una parte la eficacia normativa de la CPR, pero además la eficacia horizontal (entre particulares) de dichas normas.

Como consecuencia de todo lo anterior, la norma del inc. 1º artículo 6 CPR se justifica en cuanto somete a la legalidad la actuación de los órganos del Estado y en especial a su Administración. De esta forma queda plenamente vinculada la acción de los órganos que componen el entramado estatal al principio de legalidad.

Para aprehender la norma del artículo 6 inc. 1º se debe sostener una interpretación que diga relación con la forma en que hay que entender el principio de legalidad respecto de la Administración Pública. La CPR obliga respecto de todas las personas, pero respecto de la Administración Pública, ésta, además de obligada por la CPR, lo está por el resto del ordenamiento jurídico en su accionar. La Administración Pública está vinculada en un sentido diverso, no sólo por la finalidad de su acción, además por la habilitación previa que debe tener respecto de ella, tanto en cuanto está capacitada sólo para aquello a que ha sido autorizada o facultada, a diferencia de los particulares, que en virtud del principio de libertad están sólo limitados respecto de aquello que les ha sido prohibido.

En cambio, fue necesaria la norma del inciso segundo del artículo 6º CPR, en la que se asienta claramente la eficacia normativa directa de la Constitución porque, hasta hace no mucho, la Constitución era considerada una norma programática, que requería para

su aplicación un desarrollo legislativo posterior. Esta eficacia normativa directa de la CPR tendrá importantes consecuencias en relación con la formulación de la teoría de la nulidad de Derecho Público, como se verá más adelante.

3. Se trata de un principio de juridicidad

Resulta más difícil cambiar el uso de una expresión arraigada en el lenguaje jurídico que el texto de una norma. Algo de aquello ocurre con la expresión "principio de legalidad". Si releemos el artículo 6 veremos que la única referencia expresa a la ley está en el inciso 3º para referirse a las sanciones por la infracción a los incisos 1º y 2º. En realidad, más propio que hablar de legalidad corresponde hablar de juridicidad, y sobre todo en el caso chileno, que en los inc. 1º y 2º del artículo 6 contamos con una sujeción a la CPR y al resto del ordenamiento jurídico.⁷ Y ello resulta de vital importancia, toda vez que no se agota el principio con la sujeción sólo a la ley, el principio de juridicidad supone respetar toda la pirámide normativa, en cuanto al grado y en cuanto a la materia, porque se trata más bien de una sujeción al bloque de la legalidad.

4. La Supremacía de la Constitución

El artículo 6 inc. 1º al referirse a la sujeción a las normas dictadas conforme a la CPR es susceptible de dos interpretaciones:

- Se refiere a las disposiciones que no contradicen la norma constitucional, es decir obligan sólo aquellas normas que son constitucionales. Esta interpretación plantea la interrogante respecto de aquellas normas inconstitucionales: ¿requieren estas una declaración previa de inconstitucionalidad? Y ello porque el mandato de obligatoriedad sólo alcanza las normas constitucionales, las demás ¿podrían, constitucionalmente, ser desobedecidas? El sentido común y la sistemática de la Constitución no permitirían sostener esta interpretación extrema. Lo que ocurre es que existe una presunción de validez del ordenamiento jurídico y que se destaca aun más respecto de la ley. Se debe sostener la validez (en cuanto no contradicción con la CPR) de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, mientras un órgano competente no diga lo contrario, a saber, Tribunal Constitucional realizando un examen de constitucionalidad ex ante la entrada en vigor respecto de las normas con rango de ley o reglamentario; la Contraloría General de la República cuando analiza la constitucionalidad de decretos supremos y DFL, en virtud del trámite de toma de razón, e incluso el Juez Civil, conociendo de una acción de nulidad de Derecho Público, o incluso si acep-

⁷ Y digo esto porque la doctrina española ha llegado a la misma conclusión a pesar de que el artículo 9.3 de la Constitución española se refiere a principio de legalidad. En tal sentido Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, op. cit. p. 157.

tamos la excepción de ilegalidad del Reglamento. En tal sentido para algunos autores una norma como la del artículo 6 inc. 1° no sólo es manifestación de la imperatividad de la norma constitucional, sino en su relación con el inc. 2° supone la consagración del principio de supremacía constitucional.⁸

- Se refiere sólo a aquellas normas que son “dictadas” conforme a la CPR, es decir, que se someten a los procedimientos previstos para la producción legislativa establecidos en la CPR, es decir Leyes (comunes, quórum calificado, orgánicas constitucionales), DFL, Tratados Internacionales, Reglamentos. Pero respecto de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico no regiría este corolario. Por ejemplo, los DL (normas propias de los gobiernos de facto) quedarían fuera del ordenamiento jurídico administrativo y del principio de obligatoriedad que es lo que viene a establecer esta norma.⁹ Evidentemente esta conclusión respecto de los DL conduce al absurdo. La Administración Pública también está vinculada por los DL por ejemplo, o por los principios generales del Derecho, o incluso por la costumbre apoyada en el principio de confianza legítima, sin que pueda sostenerse seriamente que no constituyen fuentes del Derecho Administrativo. En realidad las fuentes producidas por vías no previstas en la Constitución obligan, pero por ser normas de Derecho, y no necesariamente tendrán una presunción de validez, incluso algunas de ellas deberán ser probadas. Tal es la virtualidad del artículo 6 inc. 1° CPR, ya que las normas “dictadas” conforme a la Constitución tienen presunción de validez.

En definitiva, es posible afirmar que la sujeción a la CPR y a las normas dictadas conforme a ella establece un principio de juridicidad que debe orientar el actuar de la Administración en los términos ya vistos. El ordenamiento jurídico que se produce de acuerdo con la Constitución está protegido por esta presunción de legitimidad, que no admite desconocer la norma mientras no sea declarada inconstitucional por el Tribunal que corresponda.

5. Análisis del artículo 6 de la Constitución.

Se deben someter al principio de legalidad las acciones de todos los órganos del Estado, tal es la conclusión que se extrae del artículo 7 inc. 1° CPR, el cual dispone que:

⁸ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, op. cit., pp. 24 y ss. Este autor agrega en relación al principio de supremacía de la Constitución que: “en el derecho español se formula de manera expresa en el artículo 9.1 de la Constitución, según el cual ‘los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico’. Pero en rigor la fórmula del artículo 9.1 puede considerarse innecesaria, pues la supremacía de la Constitución está implícitamente afirmada con la existencia de jurisdicción constitucional y, en concreto, del Tribunal Constitucional y su competencia para invalidar normas y actos que contradigan preceptos constitucionales”.

⁹ En estricto rigor esta es la solución a la que se debe llegar, que los DL están fuera del ordenamiento jurídico y que no obligan, en cuanto contradicen la forma y fondo de la normativa constitucional. Otra cosa es que por razones de paz social y equidad se mantenga su vigor, a pesar de que se debe recurrir a argumentos extra jurídicos para ello.

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

A partir de esta norma es posible enumerar los requisitos para la actuación válida de la Administración Pública y de los demás órganos del Estado, estos son:

- La investidura regular, que es susceptible de ser asimilada al nombramiento del funcionario, en el caso de los funcionarios públicos, máxime cuando a estos les corresponde la representación judicial y extra judicial del órgano que encarnan. Al referirse a una investidura “regular” quiere decirse que esta debe ser conforme a Derecho, una investidura carente de vicio.
- Respecto de la competencia, nuevamente se debe retomar la idea del principio de legalidad en su vertiente atributiva de las potestades que encarna la Administración Pública, la falta de competencia constituirá una causal de nulidad de la actuación (¿Cualquier clase de incompetencia?).
- Por último la actuación debe realizarse en la forma que prescriba la ley. En primer término se alude al procedimiento administrativo en virtud del cual se deben emitir los actos de la Administración, con el consiguiente problema que genera la aplicación de la ley N° 19.880 de bases del procedimiento administrativo. Pero además se refiere a las demás formalidades externas a que se somete la actuación administrativa, por ejemplo todo el sistema de notificaciones o de su publicación.

El inciso 2º del artículo 7 tiene importancia en cuanto es una norma constitucional histórica, siempre vulnerada en estados de irregularidad constitucional, que por lo común conducen a gobiernos de facto, con antecedente directo en las Constituciones de 1833 y 1925.

Por su parte el inciso 3º dispone que *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*. Esta norma es básica para entender el sistema de nulidad de Derecho Público que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha montado a partir de él. No obstante, y en estricto rigor, de aceptar que se está estableciendo una nulidad de Derecho Público, sus causales estarían clara y taxativamente establecidas en la propia norma, ya que la nulidad se atribuye sólo respecto de las infracciones al propio artículo 7, es decir: falta de competencia, falta de investidura y falta de formalidad, y aplicable a toda actuación de cualquier órgano del Estado, no sólo de la Administración.

6. Las causales de nulidad de Derecho Público en la reciente jurisprudencia

En el reciente fallo de la Corte Suprema, asunto “Camacho Santibáñez con Fisco de Chile”, de fecha 28 de junio de 2006,¹⁰ el máximo tribunal vuelve sobre el tema de las causales de

¹⁰ Identificador Lexis Nexis: 34985.

nulidad de Derecho Público, señalando en su considerando décimo que: *“Dicha acción (de nulidad de Derecho Público) se justifica, cuando un acto ha sido dictado con omisión de la investidura regular que exige la ley para el nombramiento de la autoridad administrativa, o cuando ésta aun teniendo título de tal, dicta el acto fuera de la competencia que le ha fijado el constituyente o el legislador, o sea, cuando ha excedido el marco de autorización legal, que le otorga límites en su actuación con relación a la materia, jerarquía y el territorio y, finalmente, el acto carece de eficiencia absoluta por falta de formalidades inherentes para la validez intrínseca del acto que se reputa irregular”*. Es decir, el tribunal es de la opinión que las causales que habilitan la acción de nulidad de Derecho Público son sólo aquellas contenidas en la norma del artículo 7, y específicamente aquellas del inciso 1º.

Más adelante, en el considerando decimocuarto el máximo tribunal se refiere a la ilegalidad de que se moteja el acto impugnado: *“Sólo es base de la presente nulidad de Derecho Público, la violación de la ley, lo que según la doctrina se refiere a la legalidad interna del acto, es decir, se trata del quebrantamiento del ordenamiento jurídico que descarta las vulneraciones de incompetencia, investidura y forma y, por esta sola circunstancia, aparte que tal infracción en sentido estricto no es sancionable con la nulidad de derecho público, ni tampoco se halla contenida en el artículo 7 de la Constitución, que establece perentoriamente la nulidad en los supuestos primeramente anotados y que especifica esta última norma, cuestión que a lo más podrá quedar comprendida dentro de las ilegalidades que señala el artículo 6 de la Carta Fundamental, norma que sólo entrega al legislador establecer las sanciones y responsabilidades que genere la infracción de este último precepto”*. En consecuencia, la Corte Suprema es de la opinión que no es causal de nulidad de Derecho Público el vicio en el objeto o ilegalidad sustantiva del acto administrativo, y que el quebrantamiento del ordenamiento jurídico por el acto impugnado, cuando no incurre en incompetencia, falta de investidura, ni de forma, no será impugnado por la vía de esta acción. Y ello porque la sanción a la infracción a la legalidad material está en el artículo 6 CPR y esta norma remite a la ley su sanción.

En el mismo considerando decimocuarto se confirma la conclusión anterior, al señalarse que: *“Si la base de la demanda es la acción de nulidad de Derecho Público, deberá estarse al quebrantamiento de los componentes de juridicidad a que se refiere el artículo 7 del Estatuto Constitucional, por lo que por esta sola circunstancia no ha sido posible acoger la demanda...”*

En la citada jurisprudencia se constata una interpretación estricta de las causales de nulidad de Derecho Público. Ello no resulta objetable si se tiene en cuenta que se trata de una sanción de Derecho estricto, la que no puede ser interpretada con laxitud. A ello se suma que hoy en día, en virtud del artículo 3 inciso final de la ley N° 19.880, los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, y que en dicho cuerpo normativo se contiene un principio de conservación de la actuación administrativa.

Sin embargo, la interpretación expuesta conlleva un grave peligro, tal es que deja sin posibilidades de impugnación a la situación más común de actuación viciada, tal es que el acto administrativo se dicte adoleciendo de una ilegalidad material o en su objeto,

producto de la errada aplicación del ordenamiento jurídico que hace en él la autoridad administrativa. Frente a tales supuestos no procede la acción de nulidad de Derecho Público, ello según la Corte Suprema. En efecto, la duda se plantea respecto de aquellos actos que cumpliendo estos requisitos formales, incurren en una ilegalidad sustantiva, de fondo (por ejemplo desviación de poder o exceso de poder).

7. Vulneración del principio de legalidad

El inc. 3º del artículo 6 CPR señala que la infracción a los incisos 1º y 2º *generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*¹¹ Por su parte el artículo 2 LBGAE señala que todo abuso o exceso en el ejercicio de las potestades de la Administración dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

El sometimiento o vinculación plena al Derecho, como quedó expuesto, supone una reserva legal para la atribución de potestades y por ende, que una actuación sólo será lícita si ha sido expresamente facultada. La infracción a dicho principio genera una anomalía en la actuación sea por falta de habilitación, lo cual supondría un actuar incompetente, sea por una actuación habilitada pero desviada, en cuanto se perseguía un fin distinto al previsto en la ley, sea porque derechamente se contraviene el ordenamiento jurídico, atentando contra la jerarquía normativa. En estos tres supuestos nos encontraremos en lo que tradicionalmente se conoce como nulidad de Derecho Administrativo. El problema al que nos enfrentamos es que no existe una sanción expresa a dichas anomalías (sin perjuicio del inc. 3º del artículo 7 CPR).

Lo que me interesa destacar en este momento es que el artículo 2 LBGAE lo que establece es un derecho a la acción en contra del actuar ilegal. Por su parte el artículo 6 inc. 3º CPR señala que las consecuencias a esta vulneración serán las responsabilidades y sanciones que determine la ley. Y cuales son esas sanciones que determina la ley: al parecer la sanción estaría en el propio artículo 7 inc. 3º cuando dice que todo acto en contravención al mismo artículo es "nulo" y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale. El problema está en que admitir como único fundamento de la sanción de nulidad de Derecho Público el inc. 3º artículo 7 presenta a partir de la última jurisprudencia, al menos, tres puntos dudosos:

- Por una parte la sanción que establece dicha norma es sólo por la infracción a la norma del artículo 7, y no a la del artículo 6, que es realmente donde se establece el principio de legalidad, y mucho menos respecto del artículo 2 LBGAE que establece el principio de legalidad/juridicidad, en toda su extensión para el actuar de la Administración del Estado. Con lo que al tratarse de una

¹¹ El Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de septiembre de 1983 Rol N° 19 señaló que: *Este artículo no establece, por sí mismo, ninguna sanción a posibles infracciones a sus normas, sino que deja entregado al resto de los preceptos de la Constitución y a la ley determinar, en cada caso, cuál será la responsabilidad y la sanción que origina su incumplimiento.*

sanción su interpretación no puede ser extensiva, por ejemplo a supuestos de infracción al artículo 6 CPR o al artículo 2 LBGAE.

- El alcance del artículo 7 CPR, es mucho más amplio que el de la actuación administrativa, pudiendo alcanzar incluso el actuar del poder judicial y del legislativo, e incluso de sujetos privados (al tenor del inc. 2º artículo 7 CPR). Evidentemente, la nulidad propia del Derecho Administrativo se refiere sólo al actuar jurídico de la Administración (ni siquiera a su actuación material). La ilegalidad del actuar jurídico de otros órganos del Estado se rige por sus propias sanciones, por ejemplo la nulidad procesal y casación respecto de los actos judiciales. Desde luego, nadie pensaría fundar la invalidación de una sentencia judicial en el artículo 7 inc. 3º. Mucho menos se podría hablar de nulidad del acto legislativo.
- Finalmente, otro punto dudoso se encuentra en la propia lógica interna del inc. 3º del artículo 7 CPR, toda vez que si realmente estuviere estableciendo como sanción directamente aplicable la nulidad, no parece consecuente que acto seguido remita a la ley el establecimiento de las sanciones por la violación del mismo artículo. Es decir, si realmente el artículo 7 inc. 3º estuviere estableciendo una sanción, debería haber dicho que es sin perjuicio de las "demás" sanciones que la ley señale.

Entonces cabe la pregunta respecto del rol que le cabe a la expresión "nulo" del inc. 3º artículo 7. Al parecer ella debe ser entendida dentro del contexto del propio artículo y en especial respecto de su inciso 2º, e incluso más, aparentemente, la voz "nulo" utilizada por el constituyente es más bien una categorización o valoración del acto, más que una tipificación de una sanción que en cualquier caso no corresponde a una norma de rango constitucional.

8. La solución está en la norma remitida¹²

Atendidas dichas consideraciones es que sostengo que el fundamento de la nulidad propia del Derecho Administrativo, es decir aquella que sanciona el actuar ilegal de la Administración del Estado, no está en el artículo 7 inc. 3, sino en la norma a la cual se remiten los dos incisos terceros de los artículos 6 y 7, es decir en la ley. Es la ley la que debe señalar expresamente la sanción de nulidad del acto administrativo en los casos de vulneración del principio de legalidad y es a ella a la que se refiere la referida jurisprudencia de la Corte Suprema cuando excluye los casos de quebrantamiento del ordenamiento jurídico por el acto administrativo, o ilegalidad sustantiva del mismo.

¹² Debo aclarar al lector de estas líneas y en especial a mis estudiantes de pre-grado, que aquí nos enfrentamos al verdadero "dogma" que se ha instaurado a partir de la llamada nulidad de derecho público, con base en el citado inciso 3º del artículo 7. No obstante, la actividad científica, en cualquier área que esta se desarrolle, debe tropezar y volver siempre sobre lo que se creía sacrosanto, para desmitificarlo y, si es posible, desenmascararlo.

La contraargumentación viene por el lado de decir que el legislador, encargado de establecer la sanción de nulidad, no lo ha hecho, estableciéndose sólo en casos excepcionales en algunas leyes especiales, sin que hasta la fecha se cuente con norma positiva que fije la nulidad como sanción genérica por la vulneración del principio de legalidad. Esta situación es inaceptable para la vigencia del Estado de Derecho.

Antes de rebatir dicha argumentación debo hacer presente que la nulidad, así como los contratos, la personalidad jurídica, el acto jurídico, etc., constituye una institución común a todo el Derecho, con lo que su regulación en caso de lagunas, trasunta las distinciones entre público y privado.¹³ Teniendo en cuenta este carácter de institución del Derecho de la nulidad, debemos concluir que la forma más segura de integrar el ordenamiento administrativo en caso de laguna es recurriendo al Derecho común. En efecto, si bien se predica como característica del Derecho Administrativo el de tratarse de un Derecho estatutario, no es menos cierta la precariedad del desarrollo legislativo de esta rama en nuestro ordenamiento jurídico, problema que se agudiza aún más con la inexistencia de una jurisdicción especializada contencioso-administrativa.

En este caso en particular nos enfrentamos a una laguna concreta que, para una real vigencia del Estado de Derecho, no puede ni debe quedar sin solución. Ya se vio el problema de fundamentar la nulidad en el art. 7 inc. 3º CPR, y las consecuencias de indefensión a que lleva la interpretación estricta de sus causales que ha hecho la reciente jurisprudencia. A falta de norma administrativa que la fije se debe recurrir a la norma del derecho común. Y aquí viene la solución:

El Art. 1462 de nuestro Código Civil dispone:

“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio de objeto”.

Entonces, ¿por qué fundar la nulidad de Derecho Administrativo en una norma que realmente no sanciona nada?, ¿para qué crear artificiosamente problemas cuando la solución legal y aplicable está en el derecho común? Evidentemente que resulta hasta chocante para un dogmático del Derecho Administrativo encontrar en el Código Civil la solución a los múltiples problemas e inseguridades que ha generado la denominada nulidad de Derecho Público. Sin embargo, si bien se mira nos encontramos con que la aplicación de una norma como la del artículo 1462 trae más ventajas que problemas.¹⁴

¹³ A ello se agrega además, que la mayoría de los autores nacionales aceptan una definición de acto administrativo de carácter negocial o más bien susceptible de ser incluida dentro de la categoría del negocio jurídico, toda vez que se parte definiendo como una manifestación de voluntad de la Administración... Con lo que esa sola toma de posición respecto del concepto de acto administrativo, en estricto rigor debería llevar a asumir todas las consecuencias que de ella se siguen. Ello se ve reafirmado por la propia definición de acto administrativo que ha entregado el legislador en el artículo 3 de la ley N° 19.880.

¹⁴ Sirva como información para tener en cuenta que en el Derecho Administrativo alemán, no existe cuestionamiento alguno para llenar las lagunas normativas en normas de Derecho común. Ello se funda en la posibilidad de encontrar la base de los principios generales del Derecho en el Código Civil y en la aplicación por analogía de normas privadas en el ámbito administrativo. Cfr. Hartmut Maurer, *Verwaltungsrecht*, 12ª edición, Ed. Beck, Munich,

En efecto, la aplicación de dicha norma comportaría al menos dos consecuencias favorables inmediatas:

- Que las vulneraciones sustanciales al principio de legalidad quedaría sancionadas por la vía de lo que realmente ocurre cuando un acto administrativo vulnera el ordenamiento jurídico, esto es, que es materialmente –en su objeto– ilícito o ilegítimo.
- Que los problemas de la prescripción de la acción quedarían resueltos, dando seguridad jurídica a los ciudadanos y a la propia Administración del Estado.

Finalmente, no debe olvidarse que toda la construcción de la teoría del acto administrativo, que tiene su origen en los maestros clásicos alemanes, en particular de Otto Mayer, quien se funda y extrapola las categorías del Derecho común, esto es del acto jurídico, para adaptarlas al Derecho Administrativo. Entonces, si ser excesivamente dogmático nos conduce a estos callejones sin salida, como lo son la falta de sanción para la ilegalidad material del acto administrativo o incluso el de la imprescriptibilidad de toda acción de nulidad, conviene entonces ponderar nuevas (o antiguas) soluciones que, a falta de un desarrollo legislativo adecuado del ordenamiento jurídico administrativo, parecen las más adecuadas, seguras y justas.

