

LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO EN EL DERECHO CHILENO*

EDUARDO SOTO KLOSS
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Fac. de Derecho - Univ. de Chile

INTRODUCCION

Si hay algo neta y típicamente humano es el afán de perfección, de mejorar uno mismo, de colaborar en el perfeccionamiento de los demás y de perfeccionar también las instituciones humanas¹.

En nuestro campo, ello se traduce en el perfeccionamiento de los hombres de derecho en sus tareas profesionales (como abogado, juez, legislador, asesor gubernamental o maestro universitario) a fin de ejercer cada uno en la mejor forma esas labores y, por ende, concretar cada uno en su área lo justo; y también se traduce ello en el perfeccionamiento de las instituciones jurídicas. Estas, cuando inciden en lo público caen precisamente en el terreno de la polis y de sus instituciones. De allí que nuestro objeto en estas Jornadas ha sido aportar, cada cual desde su propia perspectiva, algo que permita de alguna manera, aunque sea modesta (que siempre es valioso), allegar nuevos estudios, antecedentes, sugerencias o proposiciones para conseguir perfeccionar el Estado de Derecho, el que ya desde 1833 —aunque no se conocía por aquella época aún la terminología— lo planteaba el constituyente, y que ha sido siempre una constante en nuestros textos constitucionales.

A veces, ese perfeccionamiento depende de mecanismos muy reducidos o muy sencillos, casi siempre procesales; otras veces, implican la creación o la transformación de organismos, entes o autoridades que poco a poco van modificando el funcionamiento mismo del Estado en su diaria actividad; aún veces hay, en que esa perfección viene, simplemente, de un hombre/autoridad que da nuevo impulso a instituciones o mecanismos que, ya por el uso, la abulia o la rutina, se han

*Charla inaugural de las XXI Jornadas de Derecho Público (Aula Magna de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, miércoles 21/11/1990).

¹Es el aliento constante desde la más remota antigüedad, y que trae tan bien expresada la sabiduría bíblica ya en el *Levítico* (11, 44-45 y 19.3) y que retomará la enseñanza de Jesús (*San Mateo* 5.48); toda la predicación de San Pablo estará penetrada de la idea de perfeccionar a quien él se dirige (*lo que pido es vuestra perfección*, dirá en 2 Corintios 13.9; *¡ay de mí si no evangelizara!* exclamará en 1 Corintios 9.16).

desvirtuado o corrompido en el tiempo, y que —en una nueva visión o retornando a las fuentes originarias— le otorga nuevo lustre, nuevo brillo, esplendor.

En esta breve exposición —ni lección, ni conferencia, sino un mero estímulo para ponerse en forma para los días venideros— nos ha parecido útil abordar un tema que siempre se rehúye por nuestros publicistas y que cuando se trata se hace de paso, rápido; da la extraña impresión que fuera un campo minado, algo que es necesario sósalar.

Se trata de la famosa, entre nosotros, “nulidad de derecho público”, tema espinoso como pocos pareciera y que, sin embargo, no lo es tanto si se sigue un método adecuado.

Será sólo un referirse a las bases más esenciales de este mecanismo jurídico sancionador fundamental, el cual de modo inexplicable ha tenido tan poca resonancia en nuestra doctrina.

LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO EN EL DERECHO CHILENO

Una de las materias más importantes y tal vez la más fundamental, puesto que incide en el tema capital de la juridicidad de los actos estatales (sean legislativos, jurisdiccionales, administrativos o contralores) es precisamente el de la “nulidad” y “nulidad de derecho público”, como la conocemos en nuestro país.

No obstante su papel de “piedra angular” del ordenamiento jurídico institucional chileno, su estudio en profundidad ha sido mínimo, prácticamente “nulo” —valga la paradoja.

Referencias de paso y menciones de ello hay en toda obra constitucional², pero pareciera que es algo tan sabido y del más amplio dominio doctrinario que nadie se ha detenido a meditar en profundidad sobre el tema, ver

²Véase en rápido recuento, J. Huneeus Z., *La Constitución ante el Congreso* (2ª ed.). 2 Vols. Impr. Cervantes. Santiago de Chile. 1891, t. 2, 381-384; R. Briseño, *Memoria histórico-crítica del derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días*. Impr. Belin. Santiago de Chile. 1849, 235-241; M. Carrasco Albano, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*. Impr. El Mercurio. Valparaíso. 1858, 236; J. V. Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada* (1856) en *Obras completas* (13 vols.) Impr. Barcelona. Santiago de Chile, vol. 1 (1906) 466-468; A. Roldán, *Elementos de derecho constitucional de Chile* (2ª ed.). Impr. Barcelona. Santiago de Chile. 1917, 109-113; M. Bernaschina, *Manual de derecho constitucional* (2 vols./2ª ed.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1955, vol. 1 231-244 y 59-60; antes *Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas* en Boletín del Seminario de Derecho Público (Univ. de Chile) Año

sus orígenes, su contenido, sus implicancias y conexiones y bajar, una vez hecho ello, a las distintas aplicaciones concretas en el campo legislativo, jurisdiccional, administrativo y contralor y, finalmente, publicarlo y ponerlo al alcance de los profesores y alumnos, abogados y jueces.

Han sido los procesalistas, sin duda, los que por razón de su oficio han dedicado más trabajo a ello, pero, a mi conocimiento, no indagando mayormente en lo constitucional sino abordando esto como un simple dato, el que no profundizan ya que su interés es, obviamente, recalar en la llamada "nulidad procesal"³.

Y no deja de ser curioso esto, porque no siempre se sabe o se recalca debidamente que el tema de la "nulidad" —en sus orígenes romanos— fue justamente algo típicamente procesal⁴.

XVII (1949) 548-559; también *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. s/f. Vol. I Constitución y leyes políticas, artículo 4º, pp. 2-4; A. Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional* (3 vols.) Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1963, t. 2, 115-119; también *Informe acerca del contenido de las leyes complementarias de los artículos 6º y 7º de la Constitución de 1980*, en Gaceta Nº 60 (1985) 2-5; E. Evans, *Contenido de las leyes complementarias de los artículos 6º y 7º de la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho vol. 12 (1985) 271-277 y en GJ Nº 60 cit. 5-10; también *Las diferencias arbitrarias y el derecho a la privacidad en la Constitución*, en Temas de Derecho (Univ. Gabriela Mistral/Santiago de Chile) Año IV (1989) Nº 1, 54-71, espec. 66-70; J. Precht, *El principio de legalidad* en Cuadernos de Análisis Jurídicos (Univ. Diego Portales/Santiago de Chile) Nº 4 (1988) sin numeración de páginas: véanse las 9 últimas); G. Fiamma, *La acción constitucional de nulidad*, en Rev. de Derecho y Jurisprudencia t. 83 (1986) Primera Parte, Sección Derecho, 123-128 (con anexos 129 a 156), y *Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva* en GJ Nº 123 (1990) 7-12.

³Véanse, entre otros, V. Santa Cruz S., *Ensayo sobre la teoría de las nulidades en el Código de Procedimiento Civil chileno*. Imprenta Chile. Santiago de Chile. 1936 (Memoria); M. Urrutia Salas, *Las nulidades procesales*. Santiago de Chile. 1928; A. Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (2 vols.) 2ª ed. Ediar. Santiago de Chile, s/f, vol. 2, 1073-1120; C. Cerda Medina, *De la alegación de la nulidad absoluta y su declaración de oficio*. Talleres Gráficos Simiente. Santiago de Chile. 1948, 59-98 (Memoria); E. Wiegand G., *La voluntad en los actos procesales*. Imprenta Victoria. Valparaíso. 1951, 94-104 (Memoria); R. Mardones D., *La nulidad procesal por la vía incidental*. Edit. Universitaria. Santiago. 1962 (Memoria); J. Salas Vivaldi, *El Juez frente al proceso irregular*, en Revista de Derecho Procesal (U. de Chile/Santiago) Nº 5 (1973) 12-19, y *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal* (4ª ed.). Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1991, cap. VI (89-168) con bibliografía; J. Colombo Campbell, *Algunos aspectos en torno a la ineficacia de los actos procesales en el derecho chileno*, en Rev. de D. Procesal cit. 3-11; M. Casarino V., *Manual de derecho procesal* (6 vols.) Varias ediciones. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. Vol. IV (4ª ed. 1984) 423-434; últimamente R. Tavolari, *Estudios de derecho procesal*. Edeval. Valparaíso. 1990, 207-225 (referente a la nulidad procesal penal).

⁴Haciendo presente que nos referimos al derecho clásico y sin entrar a la distinción

Sin embargo, el tema adquirió prontamente sustantividad; no sólo por obra del "Corpus" de Justiniano sino también por el gran desarrollo del derecho producido por los grandes juristas medievales⁵ y su posterior recepción en los

entre *ius civile* y *ius honorarium*, ni a los aspectos de nulidad/inexistencia y anulabilidad, ni a la variada terminología (v. gr. *nullum nullius momenti, nullum, inutile*) y teniendo en cuenta que una formulación de la nulidad como sanción es una perspectiva admitida como post clásica, vid. entre muchos, para una aproximación, E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* (2ª ed./rist.) Cedam. Padova. 1947. cap. XIII (126-174 anomalità del negozio giuridico) y en especial XIV (174-191 invalidità e inefficacia del negozio giuridico, párrafos 66 y 67); P. Jörs (Kunkel), *Derecho privado romano* (trad. Prieto Castro). Labor. Barcelona. 1937 (reimpr. 1965), 147-157 (respecto de los negocios jurídicos) y 496-499 (legados); P. Voci, *Istituzioni di diritto romano* (3ª ed.). Giuffrè. Milano. 1954, 526-564 (invalidez de testamentos) y 587-589 (de legados); M. Kaser, *Römisches Privatrecht* (6ª ed.). Beck Verlag. München. 1968, parág. 9 (Umwirksamkeit/Nichtigkeit de los actos jurídicos) 47-49; parág. 68 IV (referido a los testamentos) 269, y parág. 76 (Die Legate, IV) 290 (en la trad. inglesa Dannenbring, Butterworths. Durban/South Afrika: de la 3ª alemana (1964) sff (¿1965?)) 50-52, 297, y 318-323 esp. 321); Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*. Giuffrè. Milano. 1966; M. Brutti, *Invalità* (storia en Enciclopedia del diritto (Giuffrè. Milano) t. XXII, 559-575 (con bibliogr.); A. D'Ors, *Derecho privado romano* (3ª ed.). Eunsa. Pamplona. 1977, referido al testamento (inválido o ineficaz) por defecto inicial "carece entonces de efectos, como hecho contra derecho (Iniustum)", 333; sobre legados 316 s. (se señala que si la causa de la nulidad del legado desaparece antes de la muerte del testador no por eso se convalida sino que sigue siendo nulo, según lo establecía la regula catoniana); para las estipulaciones 477-480 (en donde se distingue inexistencia (*nullius momenti est*) de ellas (v. gr. por inhabilidad personal o por incongruencia) e ineficacia (*inutilis*) en que la estipulación siendo válida formalmente adolece de algún defecto que le impide producir todos o algunos de sus efectos, lo que origina que hay estipulación pero no hay obligación; F. Samper, *Derecho romano*. Edic. Universitarias de Valparaíso. Valparaíso 1975, 311-314 (estipulaciones), 215-219 (para testamentos) y 241-244 (legados); J. M. Sainz-Esquerra Foces, *La regula catoniana y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*. Fac. de Derecho (Depto. de Derecho Romano). Universidad de La Laguna. 1976; A. di Pietro/A. E. Lapieza, *Manual de derecho romano* (3ª ed.). Depalma. Buenos Aires. 1983, 158 s. (evolución); J. Iglesias, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (7ª ed.). Ariel. Barcelona. 1982, 193 s. (negocios jurídicos), 678 s. (testamentos) y 716s. (legados). Valga agregar que en el *Digesto* se consignan reglas también respecto de los decretos del orden decurional dictados con infracción de ley, sancionándose con su invalidez (v. gr. 50.9.2 y 4).

⁵A. Santamaría Pastor, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. IEA. Madrid. 1972, 105-141 (con gran acopio de antecedentes y bibliografía). Para el derecho castellano vid. G. Villapalos, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*. Instituto de estudios administrativos. Madrid. 1976, 202-208; para el derecho indiano vid. su artículo en Anuario de Historia del Derecho Español 46 (1975) 5-76. Para el período 1740-1811 en Chile, vid. últimamente Bravo Lira, *Historia de las instituciones*

derechos ya codificados, en los siglos 19 y 20. Y ha sido materia, la nulidad, de gran estudio por los civilistas, en su ámbito, no ocurriendo lo mismo con los publicistas⁶.

Y lo extraño es que ello haya ocurrido en nuestro país en circunstancias que ya desde la Constitución de 1833 la nulidad de derecho público no sólo adquirió prestancia constitucional sino tiene una génesis clarísima—al menos a mi entender—que nadie en profundidad ha puesto de relieve y que ilumina el campo de modo amplísimo.

Es, pues, en esta perspectiva que he enfocado el tema, para de allí sacar sus consecuencias; no tocaré —en razón de gentileza, para ser breve e ir a lo esencial— ni las referencias doctrinarias, escasas, ni la jurisprudencia recaída en el punto, igualmente escasa si tomamos los 157 años de vigencia del texto que la contempla, jurisprudencia tanto contralora como judicial no pocas veces en abierta pugna con la Constitución, creando soluciones derechamente contra *constitutionem*.

Veamos, entonces, brevemente: 1) la génesis del artículo 160 de la Constitución de 1833 (que fuera artículo 4º en la de 1925 y que es hoy el artículo 7 incisos 2º y 3º de la de 1980), y 2) cuál es, en esbozo, su contenido y sus efectos.

1. La génesis

Parece ser bien conocido que este artículo 160 de la Constitución de 1833 es obra de Mariano Egaña, disposición que es base y fundamento no sólo del principio de juridicidad sino del ordenamiento constitucional mismo en cuanto mecanismo

políticas de Chile e Hispanoamérica. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1986, espec. 86-91, y en general vid. su *Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Latina*, en esta Revista N° 39/40 (1986) 73-112.

⁶L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (8 vols./2ª ed. facsim.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1978/79, vol. 6 (1979) 575-651 (bibliogr. en 580); J. Clemente Fabres, *Examen crítico-jurídico de la nulidad i rescisión según el código civil* (Discurso de incorporación a la Facultad de Leyes el 22.12.1867) Imprenta Nacional. Santiago de Chile. 1868; también en *Obras completas* (13 vols.). Impr. Cervantes/Impr. La Ilustración. 1908-1913, vol. 3 (1908) 81 a 120; A. Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (2 vols.). 2ª ed. Ediar. Santiago de Chile. s/f (¿1986?); R. Domínguez Aguila, *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1977, 209-256; C. Ducci Claro, *Derecho civil* (Parte general). 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1984, 310-337, espec. 311-331; E. Rossel Saavedra, *Teoría de las nulidades*. Impr. Balcels. Santiago. 1926 (Memoria); E. Rodríguez Salazar, *De la nulidad civil ante la jurisprudencia*. Impr. El Imparcial. Santiago de Chile. 1943 (Memoria); C. Cerda Medina, *De la alegación de la nulidad absoluta y su declaración de oficio*. Talleres Gráficos Simiente. Santiago de Chile. 1948, 11-57 (Memoria); A. Barros

jurídico que prevé el principio de la habilitación previa y expresa de todo órgano del Estado, cualquiera que sea la función que ejerza, y por ende la sujeción de éstos al Derecho.

Aparece este precepto precisamente en su "Voto particular", presentado el 12.5.1832 como proyecto de reforma de la Constitución de 1828, a la Gran Convención, de la cual saldría la Carta de 1833⁷.

Si uno revisa ese "Voto particular" —y no está al tanto de la sapiencia jurídica de los Egaña— queda sorprendido por la clarividencia de su estructura inicial.

Luego de plantear en sus Títulos I, II y III, "De la República, su territorio y religión", "Del estado político de los chilenos" (nacionalidad y ciudadanía) y "De los derechos comunes de los chilenos" (derechos y libertades), construye Egaña su Título IV "De la forma de gobierno". Aquí señala que su gobierno es representativo y que esa representación se compone del Presidente de la República, de un Senado y de una Cámara de Diputados (art. 12) y cómo ellos se eligen. Y es aquí donde en sus artículos 14, 15 y 16, establece que (14) hacer las leyes corresponde colectivamente a los tres órganos señalados, que el ejercicio del poder ejecutivo pertenece exclusivamente al Presidente de la República (art. 15) y que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenecen a los tribunales establecidos por la ley" (art. 16)⁸. Y termina el Título con el art. 17 que dice: "Ninguna majistratura, individuo particular o reunión de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, autoridad o derechos que no le estén confiados por la constitución o la ley. Todo acto en contrario es nulo".

Un borrador posterior aparece incluso con la adición "de pleno derecho", lo que sería incluido en un texto posterior, quedando la frase final como sigue: "Todo acto en contrario es de pleno derecho nulo".

El texto que conoce la Convención el 25.10.1832 en su sesión quinta, lleva este artículo, pero bajo el N° 5, luego de los artículos 2, 3 y 4 como Título II "De la forma de gobierno".

Sin embargo, y por sugerencia del comisionado Gandarillas —que tal vez no comprendía el sentido del voto particular de Egaña y su perfecta armonía en

Errázuriz, *Curso de derecho civil* (5 vols.). Edit. Nascimento. Santiago de Chile. 1932, vol. 2, 282-301.

⁷Sigo en este párrafo mi *La regla de oro del derecho público chileno* (Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833), en Libro Homenaje al Profesor Don Alamiro de Avila Martel, Anales de la Univ. de Chile, 5a. Serie, N° 20 (1989) 803-833.

⁸Sigue aquí Egaña, en verdad, muy fielmente a la Constitución de Cádiz (1812), cuyos artículos 15, 16 y 17 son los artículos 14, 15 y 16 de su *Voto particular*, adecuados

este punto, o más bien lo rechazaba— pasó este artículo 5º al capítulo “Disposiciones generales de la Constitución”, como artículo 160.

Visto ello, aparece clarísimo que Egaña en el Título IV de su *Voto* y que pasara en la Convención a ser Título II “De la forma de gobierno”, planteaba una idea central, cual es que los órganos estatales (“majistraturas”, en su lenguaje) que establecía y describía en sus funciones sus artículos 14, 15 y 16 (legislativo, ejecutivo y judiciales, respectivamente) no tienen otras potestades (“autoridad”, dirá) que aquellas que “le estén confiadas por la Constitución o la ley”. Y esto “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”. Para sancionar la infracción de esas disposiciones es que aparece aquello de “Todo acto en contrario es nulo de pleno derecho”.

Y sépase que este texto fue aprobado, con ligeras modificaciones de redacción solamente, por 18 votos contra 1, y exactamente en un día como hoy —21.11.1832— hace 158 años, según lo refiere el diario *La Lucerna*, que publicaba las sesiones de la Gran Convención, en su Nº 22, de 28.11.1832.

¿Por qué aparece este texto en la Constitución de 1833?

Sin poder entrar en pormenores, baste recordar aquí que venía a ser un mecanismo fundamental en dos órdenes de circunstancias:

1) La Constitución de 1828 vio su aplicación enteramente frustrada a raíz de la escasa fortaleza con que se dotaba en ella al órgano ejecutivo y del extremo liberalismo con que se había reconocido los derechos ciudadanos, descuidando la formulación de sanciones para quienes infringían la Constitución.

Restablecer el orden y convivencia ciudadana y asegurar la unidad del país (su régimen unitario) evitando los posibles conatos de subversión provincial y intentos federalistas, fueron dos de los más urgentes objetivos tenidos en vista para reformar la Carta de 1828, para así retornar a la normalidad política y sentar las bases de un régimen de gobierno estable que permitiera el progreso y desarrollo de la república, huyendo de esa anarquía que se enseñorearía de la América hispánica durante buena parte del siglo 19, luego de su separación de la corona de Castilla.

2) Pero no sólo eso: la intrincada situación referente a las atribuciones de las distintas autoridades, tanto gubernativas como judiciales, cuyas competencias —heredadas del régimen castellano indiano— no se encontraban debidamente delimitadas, producía y era origen de constantes conflictos entre ellas, lo que hacía imposible una buena administración. Ejemplar es la situación que describe al efecto don Juan Egaña en sus “Reflexiones sobre el reglamento de administración de Justicia”, que trae *El Araucano* en sus números 35 (14.5.1831) y 36 (25.1.1831). A

ciertamente al régimen republicano los dos primeros y el tercero es idéntico salvo en cuanto en vez de decir *reside* en los tribunales Egaña dice *pertenece* a los tribunales... Será el art. 17 del *Voto* la originalidad fundamental introducida por Egaña, que no tiene antecedente en el texto de Cádiz.

ello está dirigido también dicho artículo 160, como remedio técnico jurídico que provee a una delimitación precisa de las atribuciones de cada autoridad pública, la cual para actuar necesita de una previa y expresa atribución de poderes jurídicos que le haya confiado la Constitución o la ley.

De allí, pues, que se impusiera de modo rotundo y tajante la nulidad de todo acto (y nulidad de pleno derecho, *ipso iure* y *ab initio*) que contraviniera el principio de juridicidad. Sustentador del orden de las potestades públicas (legislativas, gubernativas y judiciales), valladar de intentos sediciosos de las propias autoridades públicas, y norma autosuficiente —ya que es operativa por sí misma— esta creación de Mariano Egaña es la *pedra angular* en sus aspectos técnico-jurídicos del ordenamiento constitucional de la República y base de sustentación primigenia del Estado de Derecho. Incluso el propio Alberdi —en sus famosas *Bases* cap. XXV— reconoce la importancia de esta concepción de Egaña y la alaba como ejemplo para América y una de las causas de la estabilidad político-institucional de Chile de la época⁹.

⁹J. B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXV, en *Obras completas* (13 vols.). Impr. La tribuna nacional. Buenos Aires, vol. 3 (1886) 371-580 (edic. de 1858, corregida y aumentada/el trabajo de Alberdi lleva fecha de 1.5.1852, Valparaíso), las *Bases* propiamente tales en 442-554, el cap. XXV referido en 488-493. Dice en 491-492: “La paz es la necesidad que domina todas las necesidades públicas de la América del Sud. Ella no necesitaría sino de la paz para hacer grandes progresos. Pero no olvidéis: la paz sólo viene por el camino de la ley, La Constitución es el medio más poderoso de pacificación y de orden.... Chile debe la paz a su Constitución... Antes de ella, ni el suelo ni el carácter nacional impidieron a Chile vivir anarquizado por quince años. La Constitución ha dado el orden y la paz, no por acaso, sino porque fue ese su propósito, como lo dice su preámbulo”.

De las *Bases* hay edición moderna en Plus Ultra. Buenos Aires. 1981, 179-186; vid. también cap. 4,39-41.

Ya Briseño lo decía años antes en su *Memoria* cit. (1849): “Si los chilenos, en cuyo corazón arde la llama pura de la libertad, comparan su ley fundamental, no sólo con las de las repúblicas sud-americanas, sino con las de otros pueblos tenidos por sabios i experimentados en la ciencia de la democracia, hallarán mil motivos para vivir muy satisfechos de su suerte, y de que no hay en la América española, y quizá en el mundo, una nación tan libre como Chile, si acierta a observar sabía y religiosamente su Constitución actual... que es el código americano más perfecto en política, es decir en la aplicación de los principios a los hechos y antecedentes del país; ahí está la esperiencia que lo demuestra” (35-36) y más adelante: “En el código de 1833 no hay teorías inaplicables a las circunstancias del país, sino reglas muy claras y ciertas para administrar los intereses públicos. El objeto que se propusieron los reformadores, y que indudablemente se ha alcanzado ya, fue afianzar por largos años la prosperidad común, estableciendo una administración sólida que, al mismo tiempo que llenase sus deberes con facilidad, le fuese imposible ofender impunemente los derechos de los chilenos” (235-236).

2. Efectos

¿Qué significa todo esto?

Antes de entrar en este punto valga recordar que todo el ámbito jurídico en el cual se mueve la nulidad y la nulidad de derecho público es el de la “patología” jurídica, de la “disfunción”, de lo “anómalo”, de lo contrario a la regla u ordenación y, en consecuencia, tratándose de ello siempre su nacimiento ha sido en un ambiente de casuismo, de *topoi*, de construcción tópica, y en su origen de raigambre romana.

La construcción sistematizadora —como lo recibiera la civilística— viene siempre después, como intento ordenador frente a los casuismos y como decantación intelectual de los principios informadores de esa tópica o régimen pretoriano.

Aquí, en la visión egañiana plasmada en el artículo 160 de la Constitución de 1833, hay una quintaesencia del ordenamiento sistematizador, ya que establece —y en consagración constitucional pétrea, si pudiera decirse— la más rotunda afirmación de la sujeción integral de los órganos del Estado en su actividad de bien común al derecho, vinculación positiva total y con la sanción igualmente rotunda para todo acto que infringe la Constitución y las leyes: “Todo acto en contravención a ello es nulo”. Sin distinción, sin sutilezas, sin bizantinismos perturbadores.

Pues bien ¿qué significa esto concretamente?

Desligándose de toda percepción civilista, que nada tiene que hacer aquí, ha de decirse que si todo acto que contraviene, infringe o vulnera la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella *es nulo*, ello significa una serie de consecuencias directamente derivadas todas de esta disposición fundamental, a saber;

1. se trata de una nulidad *ipso iure*
2. insanable, por tanto; y, además,
3. imprescriptible.

Y en el plano procesal tiene incidencias importantísimas como —y lo hacemos en forma de preguntas— ¿necesita ser declarada judicialmente? ¿puede y/o debe ser declarada *ex officio*? Y si puede ser alegada ¿lo puede ser por cualquiera?

Veamos cada una de ellas, en especial las tres primeras.

1) Se trata de una nulidad *ipso iure*: es esta la característica fundamental y origen de las otras que hemos enunciado. ¿Qué significa? Pues que producida la infracción de la disposición constitucional referida por el órgano estatal en atención a que actúa vulnerando sus preceptos, el acto que emita o dicte o celebre, *es nulo*. Y esto por expresa declaración del constituyente, quien ha dispuesto que dicho acto

(terminal o trámite) carece íntegra y enteramente de validez jurídica, y ello *ab initio*, de suyo, sin que se admita validez provisoria alguna. Es decir, no entra al ordenamiento jurídico, por tanto, y se traduce esa actuación en un puro hecho, que si daña a un tercero —como tal hecho antijurídico— originará la responsabilidad consecuencial del Estado (arts. 6º inc. 3º, 7º inc. 3º y 38 inc. 2º de la Constitución).

Pero ¿de dónde aparece esto? O dicho de otro modo ¿por qué puede afirmarse lo recién dicho y ello es verdadero?

La razón se encuentra en el fundamento mismo del precepto constitucional: la nulidad de todo acto emitido por un órgano estatal —cualquiera sea la actividad que desarrolla, si legislativa, jurisdiccional, administrativa o contralora, e incluso constituyente— es el mecanismo de tutela, de salvaguarda, de defensa, de la supremacía constitucional, de la supremacía en el ordenamiento jurídico de la República de las disposiciones de la Constitución, del valor sobreeminente de la Carta Fundamental. Es el instrumento que el constituyente —y ya desde 1833— imaginó para obtener concretamente e *ipso iure*, esto es por la misma consagración del texto fundamental y operativo de suyo, la sujeción integral, total, plena, de los órganos estatales a Derecho, expresado éste en la Constitución, en sus principios fundantes y en sus disposiciones concretas.

Es, por tanto, salvaguarda, además, del principio de juridicidad, que lo ha formulado como “vinculación positiva” el propio constituyente (ya en 1833 y hoy en el art. 7 inciso 2º), y de modo muy estricto: ya que “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias” los órganos del Estado tienen otra potestad que no sea aquellas que *expresamente* le hayan conferido la Constitución y las leyes. Y esto, en su origen de 1833, fue un mecanismo fundamental para impedir y refrenar todo intento sedicioso o de anarquía y estabilizar así el régimen republicano, que iba dando tumbos desde la abdicación de O'Higgins, en enero de 1823, como asimismo terminar con los conflictos de competencia entre los propios órganos del Estado.

Hay, pues, aquí, en este carácter de nulidad *ipso iure* una garantía fundamental de la supremacía constitucional, no siempre recalcada, pero además una garantía igualmente fundamental del principio de juridicidad, referida a todos los órganos del Estado, cualquiera que sea su función, y, en consecuencia, una garantía fundamental del Estado de Derecho que la misma Constitución ha consagrado, ya desde 1833, y que ha señalado la propia Comisión de Estudio de la Constitución de 1980, como queda constancia en sus Actas Oficiales, y que fuera entendido —con consagración positiva en el Acta Constitucional N° 2 (DL N° 1.551, 13.9.1976, considerando 4º)— como aquel que “supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a gobernantes y gobernados”.

Y no se vea esto en un puro plano de mera técnica jurídica, para engolosinamiento de “practicones” o “tecnólogos del Derecho”, desde que esa actividad de los órganos del Estado tiene —según expresa disposición constitucional (art. 1º inciso 4º)— como única finalidad el Bien Común, el cual ha de promoverse por el Estado y cada uno de sus órganos “con pleno respeto a los derechos y garantías” que la Constitución reconoce y establece, respectivamente¹⁰.

En resumen, nulidad *ipso iure*, 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 iure* en virtud de una *ratione publicae utilitatis*.

Ya recordaba ello el mismo Bartolo en el siglo XIV: *quod factum contra leges est, ipso iure nullum*¹¹.

2) Si es *ipso iure* esta nulidad de derecho público es, en consecuencia, *insanable*, es decir imposible de sanearse, de ser ratificada, de convalidarse. Y la razón de ello es obvia, en verdad.

Porque lo que es nulo de nulidad de derecho público no produce efecto,

¹⁰Cierto, sí, que la jurisprudencia contralora y sobre todo la judicial en los últimos 10 años, han admitido atenuaciones al rigor del principio, en el campo administrativo, cuando se han dictado actos nulos (por infringir la Constitución y/o las leyes) y se han aplicado originando beneficios para terceros de buena fe, es decir ajenos enteramente a los errores en que ha incurrido la Administración al dictarlos en contravención a Derecho. La jurisprudencia referida les ha reconocido el carácter de derechos adquiridos a esos beneficios y, por tanto, han subsistido no obstante la nulidad del acto que los ha originado. Se advierte aquí cómo se ha hecho primar la equidad por sobre la supremacía de la Constitución, ya que los errores de la Administración/Estado no pueden soportarlos los terceros ajenos a la torpeza o negligencia burocrática sino que ella/Estado debe sobrellevarlos (sin perjuicio, obviamente, de perseguir el Estado, internamente, la responsabilidad del funcionario que actúa vulnerando el Derecho). Vid. al respecto sobre este punto mi *La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*, en RDJ t. 85 (1988) Primera Parte, Sección Derecho, 157-167 con referencia a las aludidas jurisprudencias contralora y judicial; para tiempo anterior vid. I. Aróstica, *La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los tribunales de justicia*, en RCHD vol. 11(1984) 433-448.

¹¹Ya que incidía ello en razón de la pública utilidad; vid. su *In primam partem Codicis commentaria*, I. 5.3, en Opera Omnia (Venetiis 1602/03, t. VII 1.5.5.). Ya Papiniano (27 *quaest.*) —refiriéndose al plano privado de las obligaciones— decía que *quae non propriis viribus consistunt, neque officio iudicis, neque Praetoris imperio, neque legis potestate confirmantur*, según lo recoge el *Digesto* 44.7.27 (“Las obligaciones inválidas no pueden confirmarse por ministerio del juez, ni por el imperio del pretor, ni por la potestad de la ley”, traducen D’Ors y otros en *El Digesto de Justiniano* (3 vols.) Aranzadi. Madrid. 1975, vol. 3, 478 col. 2 infra).

y ello por la expresa previsión de la propia Constitución¹²; y si no produce efecto quiere decir que no existe para el Derecho (a lo sumo existirá como hecho pero no como acto jurídico), y si no existe es obvio que lo que no existe no puede sanearse, ratificarse, convalidarse o convertirse. Se sana o valida o ratifica algo que ya tiene existencia pero irregular, algo que es pero de un modo imperfecto; pero lo que no existe no es y lo que no es, es la nada: *nullus, nullitas*, ausencia de ser, y la nada no cabe que sea objeto de saneamiento; sería —valga el truismo— una “sana nadería”, esto es una perfecta nada...

De allí, pues, que sea *insanable* esta nulidad de derecho público; jurídicamente imposible de convalidarse; imposible de llevar a lo perfecto algo imperfecto desde que no se trata de algo imperfecto como acto sino en puridad de algo “inexistente”. Y lo que no es carece de ser¹³.

Por algo aquel brocardo ya conocido hacia fines del seiscientos: *Ad initio nullum non convalescit*.

3) Si es *ipso iure* nulo el acto que contraviene y viola la Constitución, resulta que, además de ser *insanable*, se trata de una nulidad perpetua e imprescriptible, vale decir imposible de sanearse por el transcurso del tiempo.

¿De dónde deriva esto?

Si esta nulidad de derecho público es en buenas cuentas un impedimento radical para que nazca a la vida del Derecho un acto jurídico que ha sido emitido o dictado por un órgano del Estado con infracción a la Constitución, dicho acto en razón de dicha infracción carece de realidad jurídica, es inexistente, no existe *ab initio* en el ordenamiento jurídico y si no existe, jamás el tiempo y su

¹²Cierto, sí, que la jurisprudencia no siempre se ha atenido al precepto constitucional y ha creado soluciones *contra constitutionem* variadas veces; ejemplos patentes han sido bajo el imperio de la Constitución de 1925, la admisión jurisprudencial de los llamados “decretos con fuerza de ley”, recién incorporados a su texto en 1970 (ley de reforma constitucional N° 17.284, de 23.1.1970: conocida es por aquella época la denominación que se les daba como *legislación irregular*); la admisión por la jurisprudencia contralora del llamado “decreto de insistencia”, que pugnaba abiertamente en contra del texto fundamental (recién aceptado en la Constitución de 1980, art. 88): vid. nuestro *El decreto de insistencia ¿es conforme con el ordenamiento constitucional?* en esta Revista N° 15 (1974) 58-80; antes en Estudios Jurídicos vol. 2 (1973) N° 1/2, 411-435; e incluso hoy el mal llamado “funcionario de hecho”, admitido por la ley (Estatuto Administrativo, art. 14 L 18.844/89) y la jurisprudencia contralora, en circunstancias que pugna directamente en contra del art. 7° inciso 1° de la Constitución: vid. nuestro *La validez de los actos administrativos en el derecho chileno*, en XX Jornadas chilenas de derecho público (2 vols.). Edeval. Valparaíso. 1990, vol. 2, 429-437 (también en *El acto administrativo*. Apuntes de clase. Fac. de Derecho. Univ. de Chile. 1989).

¹³Ya que *quod nullum est nullum producit effectum*.

transcurso podrá darle validez o sustento jurídico a algo que carece de ser, que no existe como realidad jurídica, como algo real en el ordenamiento. Así como lo que no existe no puede sanearse porque esto supone algo que existe pero de un modo irregular o imperfecto/viciado, así también lo que no existe no puede existir y nacer a la vida del Derecho por el simple transcurso del tiempo. El tiempo carece del poder de creación; lo que no es, no es aunque transcurran mil años.

Con razón Paulo podía decir *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*¹⁴.

4) Y al ser *ipso iure, ab initio*, insanable e imprescriptible la nulidad de derecho público que consagra la Constitución presenta consecuencias procesales de carácter muy especial.

¿Debe ser declarada judicialmente?

Y si debe ser declarada ¿puede o debe ser declarada *ex officio* por el juez? y si sólo puede ¿ha de ser, entonces, alegada? ¿Por acción y/o por excepción?

Sin entrar a este punto —que es, ciertamente, importantísimo— y ya que es esta sólo una conferencia inaugural y, por ende, sólo un “aperitivo” intelectual (así lo estimo que deben ser éstas), baste aquí apuntar que siendo nulidad *ipso iure* no requiere, obviamente, ser declarada por el juez para que exista; de producirse esta declaración, es meramente declarativa, en cuanto simplemente reconoce una situación ya producida en tiempo anterior y, por tanto, sus efectos serán retroactivos.

Pero el asunto no es tan simple, puesto que hay que advertir —y esto en especial en la actividad administrativa, es decir la referida a la actuación de los órganos de la administración del Estado— que estos órganos pueden pretender poner en ejecución ese acto nulo (que ellos crearán siempre revestido de una validez inmaculada), y obligar, incluso con el auxilio de la fuerza pública, a los terceros/ciudadanos a adecuar sus conductas a ese acto nulo.

Nuestro ordenamiento administrativo —en sus bases constitucionales— es muy rico en garantías libertarias a fin de asegurar el respeto de los derechos fundamentales, aún si por desgracia suele ser poco conocido por abogados y jueces.

Está aquí todo el tema de la auto o heterotutela ejecutiva en materia administrativa, y en el cual nuestro sistema se ha decidido por la heterotutela

¹⁴Vid. *Digesto* 50.17.29 (No puede convalidarse por el transcurso del tiempo lo que es defectuoso desde un principio - trad. D'Ors cit. vol. 3, 872 col. 1). En la misma idea se puede citar, asimismo, el texto de Licinio Rufo en *Digesto* 50.17.210 *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest*.

ejecutiva o sea judicial, sin perjuicio de excepciones, muy escasas, siempre legalmente tasadas¹⁵.

Si pudiéramos plantear muy sintéticamente este régimen, habría que decir que frente a un acto nulo el afectado debe resistir su cumplimiento y esa resistencia —aún fáctica si es menester y posible— se ha de traducir luego en interponer la acción de nulidad que le confiere el ordenamiento constitucional (art. 7 en relación con el art. 19 N° 3)¹⁶, o la acción de nulidad específica que le confiere el ordenamiento, sea constitucional o sea legal, en la materia, sin perjuicio (en cuanto sea procedente) de invocar la protección que le confiere la propia Constitución (art. 20) e incluso una acción penal si fuere un delito, como v. gr. si se tratare de una prevaricación en el orden administrativo. Y teniendo siempre la posibilidad jurídica de solicitar la suspensión judicial del acto impugnado de nulo, *in limine* como medida precautoria, u orden de no innovar, suspensión que, incluso, la misma ley la acuerda no pocas veces, por el hecho de accionar ante la justicia y que a nivel constitucional viene a ser la regla general, si bien se estudia y en profundidad nuestra Carta Fundamental¹⁷.

Seguir en el análisis sería no sólo falta de gentileza hacia vosotros, al alargar ya con detalles este planteamiento puramente general, sino también invadir el tema de otras ponencias que se expondrán en estas Jornadas y sobre estos puntos.

Termino con una idea final.

Si uno revisa el derecho comparado en la materia, advierte de inmediato a veces el enrarecimiento del tema, otras el bizantinismo de las distinciones y subdistinciones, otras la falta de coherencia en las soluciones, y, en general, la dificultad con que se encuentra el ciudadano para amparar sus derechos y defender sus libertades frente a la arbitrariedad de los órganos estatales, especialmente legislativos y administrativos.

Frente a esta situación, causa admiración, a quien estudia con profundidad, la sencillez de nuestro sistema que, ideado en 1833, respondió a necesidades concretas de aquel tiempo, pero fue tan bien fundamentado en los más puros principios republicanos y en la sujeción a Derecho de todo sujeto, natural o jurídico y éste público o privado, única manera de garantizar el orden y la justicia en libertad y en paz, asegurando que sea realidad aquello de que “en Chile no hay persona ni

¹⁵Puede ser útil sobre este punto mi *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno*, en RDJ t. 81 (1984) Primera Parte, Sección Derecho, 13-23.

¹⁶Sobre esta acción, vid. G. Fiamma trabajos citados en nota 2 precedente.

¹⁷Vid. R. Mendoza Zúñiga, *Notas sobre la insusceptibilidad del acto administrativo en el derecho chileno* (inédito aún).

grupo privilegiado” (art. 19 N° 2); “ni persona”, y el Estado es una persona jurídica, “ni grupo privilegiado”, gobernantes, legisladores, jueces o funcionarios públicos.

Cuando uno compara la sencillez y prístina concepción de nuestro sistema —en este punto— con el engolosinamiento bizantino de algunos regímenes en el derecho comparado, viene a la memoria aquello que nos recuerda la sabiduría clásica: *Timeo Danaos et dona ferentes*, temo a los griegos y a los presentes que traen. Presente griego, regalo envenenado.

Cuidado siempre —y vuelvo una vez más sobre lo mismo— siempre cuidado con los “presentes griegos” (injertos extranjerizantes), con las baratijas o abalorios con que pretenden algunos “regalarnos”, aquellos “nuevos ricos” del intelecto, recién llegados al banquete de la ciencia, que engolosinados con lo extranjero desprecian la propia riqueza de nuestras tradiciones, simplemente porque no las conocen.

Cuidado siempre con aquellos que desean vestirse con lo ajeno, tal vez para esconder su propia desnudez intelectual ante lo chileno.

Quien desea mirar lejos debe comenzar por mirar dentro de sí; por mirar y estudiar nuestra propia historia, nuestras propias experiencias, nuestras propias instituciones. Quien desea iluminar el mundo ha de comenzar iluminando su propia aldea.

Timeo Danaos. Sí, temed siempre los presentes griegos; son —como el caballo de Troya— regalos envenenados.