

# LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

HUGO CALDERA DELGADO

Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

## SUMARIO

I. Introducción. II. Preeminencia constitucional; 1. El ordenamiento jurídico. 2. Vinculación integral al ordenamiento jurídico. 3. ¿Tienen entre sí igual valor o rango todos los preceptos de la Constitución? III. El control judicial de juridicidad del acto administrativo. 1. La confrontación del acto administrativo con el ordenamiento jurídico ¿tiene como límite a la ley? 2. Situación en que el acto administrativo es regular, pero no así la ley que aquél ejecuta. 3. ¿Constituye la declaración de inaplicabilidad de la ley por la Corte Suprema un obstáculo insalvable para la declaración de la nulidad del acto, sin dicha declaración previa? IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está dirigido a demostrar que el control jurídico sobre los actos administrativos comprende, necesariamente, la confrontación del acto con todas las normas a las cuales aquél debe sujeción, lo que significa que debe verificarse la regularidad del acto, de manera integral, con el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, un acto administrativo que declare la caducidad de otro deberá estar en armonía con los siguientes actos y reglas de derecho: con un acto administrativo preexistente, cuya caducidad se desea declarar; con el reglamento pertinente (autónomo, intermedio o de ejecución); con la ley respectiva (orgánica constitucional, de quórum calificado, ordinaria, decreto con fuerza de ley o decreto ley) y, preferentemente, con la Constitución. De igual manera, un acto administrativo que declara

ra un derecho debe estar en armonía con hechos, con otros actos administrativos preexistentes, con disposiciones reglamentarias y legales y, ciertamente, con la Constitución.

La solución de estos problemas se dificulta cuando el acto sometido a control jurídico está en conformidad con el reglamento y con la ley, pero ocurre que la ley está en desacuerdo con la Constitución. En el caso señalado la dificultad es "aparente", dado que el acto administrativo sería, fatalmente, "irregular", no obstante ser "legal". La irregularidad del acto "legal", sancionada con la nulidad, debe ser declarada por el juez, derechamente, sin que se requiera de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por la Corte Suprema.

## II. PREEMINENCIA CONSTITUCIONAL

Es innegable que el ordenamiento jurídico se gesta a partir de la Constitución. Esta afirmación queda probada al momento de la dictación de una nueva Constitución o desde el instante de la modificación de la existente, en ambas circunstancias se derogan, automática o instantáneamente, las leyes y reglamentos que resulten ser incompatibles con la Constitución. La preeminencia de la Constitución (que siempre ha existido, aun cuando a menudo ha sido olvidada) está textualmente proclamada en el art. 69 de la Carta.

### 1. *El ordenamiento jurídico*

El ordenamiento jurídico nos sirve para la demostración de nuestra tesis, consistente en que el juez (y todo intérprete del derecho) está siempre obligado a aplicar preferentemente la Constitución, especialmente cuando el acto es "legal", pero la ley, de que aquél emana, es inconstitucional.

El ordenamiento jurídico consiste en una estructura, racional y jerarquizada, de reglas de derecho, ordenadas de acuerdo con su rango desde la Constitución. El ordenamiento jurídico es la fuente de los derechos, deberes y obligaciones y el motivo de los efectos jurídicos que aquéllos producen en las personas naturales y jurídicas.

El ordenamiento jurídico obedece, estructural y funcionalmente, a tres principios fundamentales, que son: a) el de "jerarquía normativa"; b) el de "armonía normativa"; y c) el de "oposición normativa".

El principio de "jerarquía normativa" es consubstancial con la idea de ordenamiento jurídico, pues ordenamiento significa, necesariamente, la disposición de elementos atendiendo a sus características específicas, a su mayor o menor valor comparativo, a su mayor grado de generalidad o a su fuerza obligatoria recíproca.

El principio de "armonía normativa" es expresión de una elemental lógica jurídica, dado que el ordenamiento jurídico supone que las normas que lo integran deban guardar una necesaria armonía. Esta armonía, elemento básico del concepto de ordenamiento jurídico, exige que las normas de inferior jerarquía deban encuadrarse dentro de los límites de las de jerarquía superior, desde que aquéllas son derivación surgida de éstas. La jerarquía administrativa implica que las normas de rango inferior no puedan contradecir, ni siquiera parcialmente, a las de rango superior; si así ocurriera se produciría la nulidad de la norma de inferior jerarquía. Este principio de "armonía normativa" también rige entre disposiciones contenidas en una misma regla de derecho. Si no existiera compatibilidad, armonía, entre dos incisos o artículos integrantes de una misma ley, las disposiciones contradictorias se anularían, no existiendo, en consecuencia, disposición válida alguna.

Resumiendo, tenemos que la jerarquía normativa se aplica entre reglas de derecho de distinto nivel o rango y que, en consecuencia, las normas de niveles inferiores deben enmarcarse dentro del ámbito de las normas superiores, bajo sanción de nulidad para el caso de contravención. Enseguida, debemos considerar que entre disposiciones integrantes de una misma regla de derecho, en general, no existe jerarquía; en consecuencia, si no hay armonía entre dos disposiciones de una misma regla de derecho, no existe norma, dado que las contrarias se anularían, recíprocamente.

El tercer principio de "oposición normativa" tiene aplicación entre normas de una misma regla de derecho, a condición de que una de ellas sea de mayor rango que la otra u otras. Deben concurrir los siguientes requisitos para que tenga aplicación este principio de "oposición normativa": a) existencia de una regla de derecho, de cualquier nivel; b) desarmonía entre dos o más disposiciones contenidas en una misma regla de derecho; y c) que una de las disposiciones sea de mayor jerarquía, aun cuando la otra u otras formen parte de

la misma regla de derecho: Constitución, ley, reglamento, circular, decreto o sentencia.

En el caso en que no se diere la situación indicada en la letra c), y no existiere desnivel jerárquico entre dos o más disposiciones incompatibles e integrantes de una misma regla de derecho, no sería aplicable el principio de "oposición normativa", sino que correspondería aplicar el principio de "armonía normativa" y, en consecuencia, las disposiciones contrarias y de igual nivel se anularían, entre sí.

En consecuencia, cuando en una misma regla de derecho (Constitución, ley, reglamento, etc.) hay dos normas que regulan una misma materia en términos inconciliables, predomina aquella de mayor rango o jerarquía, quedando sin aplicación la disposición de inferior categoría. Puede acontecer una variable de la situación indicada, cuando una de las normas que rige una materia común a ambas disposiciones otorga una misma atribución a todos los órganos públicos, en circunstancias que la otra confiere la misma atribución sólo a un determinado órgano, pero con efectos parcialmente distintos a los demás órganos del Estado.

Debe tenerse presente que en la interpretación jurídica hay que utilizar los tres principios jurídicos señalados, ya que, todos ellos, están inmersos en la idea de ordenamiento jurídico. El desconocimiento de alguno de estos principios jurídicos ha sido la causa del error común a muchos juristas, error que se expresa en la ciega convicción de que el juez (el funcionario y, en general, el intérprete) debe aplicar, necesaria e ineludiblemente, la ley, no pudiendo prescindir de la aplicación de aquélla, aun cuando esté consciente de su inconstitucionalidad.

## 2. *Vinculación integral al ordenamiento jurídico*

La Constitución, en el inciso 1º del art. 6º, establece el deber de los órganos del Estado de actuar en conformidad con el ordenamiento jurídico, que comienza en aquélla, por ser la fuente de la que emanan todas las demás reglas de derecho y los actos de derecho público y privado. El inciso 2º del mencionado art. 6º refuerza el imperio jurídico de la Carta, al decir que las disposiciones de ésta vinculan (obligan) tanto a los titulares de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo. En caso de contravención a este pre-

cepto se incurrirá en la nulidad del acto y en responsabilidad, esta última, según los casos, podrá ser administrativa, disciplinaria, civil, penal y, también, política. La responsabilidad administrativa es la responsabilidad orgánica, sea que recaiga en el Fisco o en un órgano público personificado; en cambio, la responsabilidad disciplinaria es personal, funcionaria, al igual que lo es la responsabilidad política.

¿A qué órganos se refiere, primordialmente, el artículo 69 de la Carta? A los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, sin lugar a dudas.

Es obvio que los tribunales ordinarios son órganos del Estado, en consecuencia, aquéllos deben actuar de acuerdo con la Constitución y las leyes. Como la Constitución es la fuente inicial de la potestad legislativa, en todos sus aspectos, tanto materiales como procedimentales, cuando la ley, que rija el asunto sometido al conocimiento y resolución judicial, sea contraria a la Constitución, el juez se encontrará en el deber jurídico, y no meramente moral, de tener que aplicar la Constitución, dejando de aplicar la ley inconstitucional (aquí la inconstitucionalidad la aprecia, directamente, el juez), deber que, finalmente, lo conducirá a declarar la nulidad del acto litigioso por vicio de inconstitucionalidad. Adelantamos que la nulidad afectará a un acto litigioso "legal", pero que es, al mismo tiempo, inconstitucional, en razón de haber surgido a la vida del derecho desde una ley tachada de inconstitucionalidad. El deber señalado pesa sobre todo tribunal, sin excepciones, como lo ordena literalmente el art. 69 de la Carta, disposición que se refiere a todos los "órganos del Estado", cualquiera que sea su jerarquía orgánica. En su oportunidad, demostraremos que el juez sólo puede proceder de la manera que señalamos, sin que, al hacerlo así, contravenga, en modo alguno, la facultad que el art. 80 de la Carta le confirió a la Corte Suprema.

Un acto administrativo es legal cuando se encuentre en total armonía tanto con el reglamento que le es aplicable como con la ley que regula la materia que es objeto del acto; sin embargo de la "ilegalidad" indicada, el acto será antijurídico y, en consecuencia nulo, si la ley estuviere en contradicción con la Constitución. En esta circunstancia, el juez que conozca del litigio deberá dejar de aplicar la ley, para hacer prevalecer la Constitución, sin que para ello sea necesario que, previamente, la Corte Suprema tenga que declarar a dicha ley inaplicable, por ser contraria a la Carta Fundamental. El

juez deberá fundamentar las razones por las cuales deja de aplicar la ley, inaplicabilidad que determina la declaración de nulidad de un acto administrativo "reglamentario" y "legal", pero que es, al mismo tiempo, inconstitucional.

3. *¿Tienen entre sí igual valor o rango todos los preceptos de la Constitución?*

La Constitución Política comprende una gama de normas jurídicas destinadas a la organización del Estado y de la sociedad, sobre la base de valores de distinta jerarquía o preeminencia, valores que están expresados por medio de normas jurídicas. Asimismo, la desigual jerarquía se refleja, también, entre los órganos que la Constitución consagra para el cumplimiento de los fines de bien común inherentes al Estado. Este es el caso del Congreso Nacional, órgano al cual se le han conferido las funciones constituyente y legislativa. Del ejercicio de la función legislativa surgen, materialmente, los demás órganos públicos, tanto administrativos como jurisdiccionales. Las normas constitucionales, al dar expresión normativa a valores de desigual jerarquía o preeminencia, tienen, necesariamente, y por esta circunstancia, también, un rango diferente. La desigualdad jerárquica de los valores se transmite a las normas que los recogen, incorporándolos en el ordenamiento jurídico<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Hemos expresado al respecto: "Las normas indicadas están contenidas en el Capítulo I "Bases de la Institucionalidad", circunstancia que, por sí misma, da a las disposiciones contenidas en él un valor superior respecto de las normas comprendidas en los demás Capítulos de la Constitución. La mayor fuerza normativa de los preceptos que configuran el referido capítulo se hace evidente al intérprete por la circunstancia de que sus disposiciones enmarcan, orientan y caracterizan al contexto de las reglas contenidas en la Carta, disposiciones que no tienen posibilidad jurídica alguna de regir en desacuerdo o en contradicción con las normas de las Bases Institucionales, dentro de cuyo espíritu aquéllas deben contribuir a completar la institucionalidad fundamental del ordenamiento jurídico de la República. Esta afirmación que pudiera parecer sorprendente tiene, sin embargo, un fundamento muy sólido, él está asentado en la afirmación que sostiene y demuestra que es en las Bases Institucionales donde el constituyente primario ha fijado, de manera indeleble, los rasgos esenciales que marcan la estructura, la fisonomía, el límite y la extensión de las potestades que se confieren al Estado, esto es, al constituyente derivado (Congreso Nacional en el ejercicio de sus potestades para modificar la Carta), al le-

La Constitución, mirada como una unidad, no puede ser concebida como una simple agregación o suma de normas jurídicas, desentendiéndonos de la posición de cada norma dentro de la estructura de la Carta, ni del valor que cada norma juridiza. Con la estructura de la Constitución acontece un fenómeno similar al que se observa en las relaciones que tienen, entre sí, las piedras que conforman la estructura de una Catedral de estilo gótico, donde es obvio que la piedra angular es mucho más importante, para el sostenimiento de la

---

gislativo, al Gobierno, a los Tribunales de Justicia y a los órganos públicos en general. Sólo la voluntad expresa y directa del constituyente originario, ejercitada plebiscitariamente dentro del cuerpo electoral organizado y actuando conforme a derecho, sería jurídicamente competente para modificar las bases institucionales, dentro de las que ocupan un lugar destacado las normas que consagran el principio de la responsabilidad extracontractual del Estado con carácter genérico, esto es, vigente respecto de todas y de cada una de las funciones primordiales a través de las que se expresa el ejercicio del poder público en un Estado moderno, nos referimos a las potestades legislativa, de gobierno y administrativas y a las jurisdiccionales”.

“Nuestro aserto se sustenta sólidamente en la calidad del contenido de la norma del inciso final del artículo 5º de la Constitución, que dice: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esta norma, elegida como ejemplo para ilustrar la preeminencia de las demás disposiciones del mencionado capítulo, indica claramente que es por voluntad expresa del constituyente el que ninguna potestad pueda ejercerse en detrimento de alguno de los derechos esenciales que la Constitución asegura en favor de todas las personas, bajo ninguna circunstancia y si así llegare a acontecer, la sanción al ejercicio antijurídico de la atribución o potestad causante del atropello sería siempre e inexorablemente la nulidad. Constituye aplicación del precepto contenido en el inciso final del artículo 5º, la norma del inciso 1º, del número 26, del artículo 19 de la Constitución, que dice que la Carta garantiza a todas las personas: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Esta norma, complementaria de la básica institucional del inciso final del mencionado artículo 5º, impone al legislador el respeto de la esencia de los derechos, ¿de cuáles derechos? de los que “emanan de la naturaleza humana”, los que están comprendidos en el artículo 19 del Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”. (Tomado de nuestro artículo “Interpretación que la Corte Suprema ha dado a la Norma Constitucional sobre Indemnización del Error Judicial”, publicado en Gaceta Jurídica Nº 70, ps. 10 a 24).

bóveda, que las demás piedras. De esta manera no puede asombrarnos que en la Constitución existan disposiciones de mayor rango que otras, como efectivamente acontece.

Ilustra nuestra afirmación el contenido de las normas del Capítulo I "Bases de la Institucionalidad" de la Constitución de 1980, debido a que aquéllas tienen una jerarquía superior al de las normas contenidas en los demás capítulos de la Carta. Al efecto, proponemos considerar los siguientes preceptos: a) El fin de bien común que la Carta comete al Estado y a todos sus órganos (inciso 4º del art. 1º). Esta finalidad de bien común "genérico" asignada al Estado, determina que el legislador deba, necesariamente, asignar fines de bien común "específicos" a los órganos creados por ley, en caso contrario, las potestades que atribuyeran fines ajenos al bien común adolecerían de nulidad, por vulneración de los arts. 1º, inciso 4º, 6º y 7º de la Constitución; b) Los deberes esenciales atribuidos al Estado, consistentes en resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, y establecer una legalidad que asegure a los habitantes posibilidades de participar en la vida nacional con igualdad de oportunidades (inciso final del art. 1º); c) La forma unitaria del Estado chileno (art. 3º); d) El sistema republicano y democrático de gobierno (art. 4º); e) La radicación de la soberanía nacional y su ejercicio por el pueblo y por las autoridades (art. 5º); f) El límite jurídico fijado al ejercicio de la soberanía (inciso final del art. 5º) g) La preeminencia de la Constitución (art. 6º); h) La fuerza obligatoria integral de la Constitución (inciso 2º del art. 6º); i) La responsabilidad y sanciones que se derivan del incumplimiento de los imperativos señalados en los dos primeros incisos del art. 6º (inciso final del art. 6º); j) Los requisitos esenciales para la validez de las actuaciones de los órganos del Estado (inciso 1º del art. 7º en relación con el inciso 4º del art. 1º); k) El principio de la habilitación de competencia expresa y previa, por la Constitución o las leyes (inciso 2º del art. 7º); l) La nulidad, la responsabilidad y las sanciones derivadas de la contravención a los imperativos contenidos en los dos primeros incisos del art. 7º (inciso final del art. 7º); m) La responsabilidad del Estado, especialmente extracontractual, para la reparación de los daños causados por acciones u omisiones antijurídicas de parte de sus órganos (arts. 6º y 7º); n) La prohibición de propagar doctrinas contrarias a la familia, que propugnen la violencia o que promuevan

una concepción del Estado, de la sociedad o del ordenamiento jurídico de carácter totalitario, como, también, la de aquéllas que estimulan la lucha de clases (art. 89); ñ) La calificación del terrorismo como delito esencialmente contrario a los derechos humanos (art. 99).

Del examen del contenido de los preceptos indicados y de la denominación del capítulo que los contiene, fluye la importancia esencial y determinante de las características y de los fines del Estado chileno, como, también, la importancia que la Constitución atribuye a la observancia del principio de juridicidad y la preferente preocupación por el respeto de la esencia de los derechos públicos subjetivos.

En consecuencia, las disposiciones indicadas ponen de relieve la superioridad de su rango en relación con las demás normas constitucionales, a las que sirven de marco y de orientación. La superioridad material de las normas señaladas tiene el efecto de subordinar al resto de las normas de la Constitución, subordinación que hace que las normas contenidas en los capítulos II y siguientes de la Carta desempeñen el papel de complemento esencial, indispensable, para la construcción integral de la institucionalidad básica que rige al Estado y a la sociedad chilena. Por estas razones, la interpretación de las normas de la Constitución deberá efectuarse utilizando los principios constitutivos del ordenamiento jurídico, ordinariamente los dos primeros (el de "jerarquía normativa" y el de "armonía normativa") y, con menor frecuencia, el tercer principio de "oposición normativa".

### III. EL CONTROL JUDICIAL DE JURIDICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Uno de los elementos fundamentales para la existencia del Estado de Derecho es la existencia orgánica y el funcionamiento efectivo de un sistema para el control de la juridicidad de los actos administrativos. Así acontece en la Constitución, en la cual tiene especial importancia el control jurisdiccional, a cargo de los tribunales de justicia. La importancia que se atribuye al control jurisdiccional reside, fundamentalmente, en la imparcialidad de que gozan los tribunales, particularmente, frente al Congreso Nacional y al Presidente de la República (art. 73 de la Carta) y, también, en atención a que aquéllos no han tenido participación en las actuaciones impugnadas. Entonces la im-

parcialidad a que nos referimos tiene doble carácter, es funcional y substancial.

En la actualidad ha sido superada una nefasta y extensa época durante la cual estuvo en aplicación, en los tribunales, una errada doctrina jurídica, según la cual los tribunales ordinarios de justicia, en la realidad los únicos existentes, al no haberse creado los previstos en el art. 87 de la Constitución de 1925, no eran competentes para conocer de las contiendas en que se impugnara la juridicidad de un acto administrativo ni, tampoco, en aquellas que persiguieran obtener indemnización a consecuencia de los perjuicios causados por un acto administrativo ni, tampoco, en aquellas que persiguieran obtable como equivocada doctrina se produjo la indefensión de los particulares y, correlativamente, se tendió un manto de inmunidad jurisdiccional sobre el Fisco y los órganos personificados del Estado. Ambos efectos señalados carecían de toda base constitucional, quedando sustentados, solamente, en la falta de suficiente conocimiento del Derecho Público. El error indicado se basaba en una defectuosa interpretación del principio de la separación de los Poderes del Estado, al estimar que al entrar a conocer y a fallar sobre la juridicidad de un acto administrativo (que ordinariamente emanan de la Administración del Estado) se invadiría la esfera competencial reservada al Poder Ejecutivo, olvidando que es función esencial e irrenunciable de los tribunales el conocer y fallar contiendas entre partes, sin excepción basada en la naturaleza jurídica del demandante o demandado. La moderna doctrina iusadministrativista chilena, elaborada en los últimos años (entre 10 y 15), ha sustituido a aquella que criticamos, y los tribunales han asumido, paulatinamente, su función de garantes del imperio del derecho y de la justicia<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>Como ejemplo, respecto de la competencia de los tribunales para conocer de materias contencioso-administrativas, citamos el considerando 5º, de la sentencia de la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, Luz Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero, del 12 de marzo de 1984, Rol Nº 71/82, que dice:

‘Cabe tener presente que el Poder Judicial no puede excusarse de conocer y resolver las acciones de carácter patrimonial que interpongan los afectados que se sientan lesionados con actos considerados como ilegales, indebidos o dañosos de los entes administrativos, cuyas leyes orgánicas, les permiten ejecutar un sinnúmero de actos y contratos e intervenir ante los propios tribunales ordinarios de justicia de cuya falta de jurisdicción re-

Lo expresado, acerca de los efectos producidos por la moderna doctrina de Derecho Administrativo, no significa, en modo alguno, que estén superados todos los escollos que impiden otorgar a los particulares una integral protección jurisdiccional, para impugnar los agravios que pudieran provenir de actuaciones y de omisiones antijurídicas.

claman. Por otra parte, tampoco es posible dejar a los particulares entregados a sufrir los posibles excesos de poder de los organismos administrativos, mientras no se establezcan los tribunales contencioso administrativos, cuando existen tribunales ordinarios encargados de administrar justicia a quienes les corresponde "el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal", cualquiera que sea la naturaleza de estos negocios o la calidad de las personas que en ellos intervengan. Todo lo anterior y los innumerables fallos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia, que resulta inoficioso citarlos en esta oportunidad, hacen concluir a los sentenciadores que la excepción referida debe ser desestimada". A continuación, y sobre el mismo tema, citamos el fallo del Ministro en Visita señor Germán Hermosilla Arriagada, en la acción de indemnización de perjuicios por el "daño moral", "Vásquez Peña", San Miguel 16 de enero de 1986, Rol Nº 2.577, en cuyos considerandos se expresa:

Considerando 38. "Que, si bien, es efectivo que aún no se han reglamentado en nuestro país los tribunales contencioso administrativos, reglamentación pendiente, en verdad, desde la vigencia de la Constitución de 1925, ello no significa, por cierto, que actualmente los asuntos de esta naturaleza no puedan ser sometidos al conocimiento de algún Tribunal". "Desde luego, debe recordarse que el artículo 73 de la Constitución actual, dando un concepto de jurisdicción y atribuyéndola en forma privativa a uno de los Poderes del Estado, dispone que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley". "El artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, estatuye que a los tribunales que establece el presente Código, estará sujeto el conocimiento de "todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal" dentro del territorio de la República, "cualquiera que sea su naturaleza" o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones que la misma norma contempla y los demás asuntos judiciales que leyes especiales encomiendan a otros tribunales";

Considerando 39. "Que del examen atento de estas disposiciones, se desprende que la jurisdicción pertenece exclusivamente a los tribunales que ha establecido la ley y a los que cree en el futuro". "Además, que esta jurisdicción comprende el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan". "Finalmente, del examen de estas normas, se deduce que a menos que una ley entregue especialmente el conocimiento de algún asunto a un tribunal determinado, este

cas atribuibles a los órganos de la Administración del Estado. El control integral sobre todos los aspectos relativos a la juridicidad del acto administrativo está aún pendiente, además, la solución completa de estos problemas es una labor muy delicada y compleja. En efecto, superados los errores derivados de la supuesta incompetencia de los tribunales en materia contencioso administrativa, aún están pendi-

---

asunto queda comprendido dentro de la competencia de los tribunales ordinarios existentes, toda vez que a ellos corresponde la jurisdicción”.

En relación con la imputación directa al Estado o a los órganos públicos por daños causados a particulares por actuaciones u omisiones de funcionarios públicos, en el mismo fallo, citamos los siguientes considerandos:

Considerando 37. “Que... parece útil citar a don Arturo Alessandri Rodríguez cuando expresa “que si el daño ha sido causado por un funcionario o empleado público o municipal en el ejercicio de sus funciones, el artículo 2.320 del Código Civil no tiene aplicación” y agrega que lo anterior no obsta, por cierto, para que el Estado o la Municipalidad, “sean responsables con arreglo al derecho público, si se admite, como no puede menos de admitirse, la responsabilidad de esas entidades por los daños que causen sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones”. Obra: “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, Santiago, 1943, pág. 314”. “En el mismo sentido se pronuncia el Profesor de Magister de Derecho Administrativo, Hugo Caldera Delgado, quien manifiesta que la “fundamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de disposiciones del Derecho Privado es algo verdaderamente injustificable, en consideración a que el Fisco se rige por un sistema normativo propio, contenido en la Constitución Política del Estado, en las leyes orgánicas de los Servicios Públicos, en la ley Nº 10.336, orgánica de la Contraloría General de la República y, fundamentalmente, en el Estatuto Administrativo”. Obra: “Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980”. Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 155. Preciso es dejar constancia que el mismo autor ya habría cuidado de puntualizar en su misma obra, pág. 44, que la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra establecida en la Constitución actual y se caracteriza “por la norma que establece, como principio general, que todo daño causado a un administrado o persona por la acción u omisión de la Administración del Estado, por sus organismos o por las Municipalidades es indemnizable”.

Considerando 40. “Que la pretensión de la defensa del Fisco de Chile, en orden a exonerar de responsabilidad a su representado por los daños ocasionados por el Estado a través de tres de sus agentes en el ejercicio de su respectiva función —si bien, realizada de un modo impropio e indebido— importaría crear un vacío jurisdiccional, incompatible con el Estado de Derecho establecido en la Constitución”.

tes algunos problemas importantes, como acontece con el control sobre los actos ejecutados en virtud de potestades legislativas denominadas discrecionales. En relación con el señalado tipo de potestades subsiste un error de serias consecuencias y que consiste en la asimilación del concepto de discrecionalidad con el de arbitrariedad, en circunstancias de que ambos son conceptos absolutamente contrapuestos, lo que queda de manifiesto al constatar que el ordenamiento jurídico no contempla la existencia de potestades de derecho público, ni mucho menos de potestades administrativas, en blanco.

1. *La confrontación del acto administrativo con el ordenamiento jurídico tiene como límite a la ley\**

Jules Michelet dijo que "La Revolución Francesa era el advenimiento de la ley, la resurrección del Derecho, la reacción de la justicia"<sup>3</sup>, para señalar que ese acontecimiento estaba caracterizado por la aparición de la ley, en cuanto regla de derecho, de general aplicación, sin excepciones que pudieran fundarse en diferencias personales de tipo social, económico, étnicas, religiosas o de otro orden subjetivo. La ley pasaba a hacer realidad algo que, hasta ese instante, no existía: la igualdad de todas las personas ante el Derecho, innovación que, en sí misma, constituía una verdadera revolución en el ordenamiento jurídico del antiguo régimen francés. De la lectura de las obras de Alexis de Tocqueville "El antiguo régimen y la revolución" y de Fustel de Coulanges "La ciudad antigua", surgen numerosos y variados testimonios que nos demuestran que, durante *l'ancien régime*, la igualdad ante el derecho, tal como ella es concebida actualmente, no existió y que, por el contrario, imperó el principio de la desigualdad ante el derecho, fundamentada en la diferencia entre los estamentos en que se agrupaba la población, entre los distintos estatutos legales que regían en el ámbito territorial y, también, sobre la

---

"Resultaría inconcebible, que no obstante que la propia Carta Fundamental establece la responsabilidad civil del Estado o de alguno de sus organismos, ésta no pudiera hacerse efectiva por falta de jurisdicción de los tribunales, a pesar de que ésta les pertenece por antonomasia".

<sup>3</sup>Jules Michelet, *Historia de la Revolución Francesa*, Edit. Argonauta. Buenos Aires. 1946 (3 vol.) 1, 7.

base de los estatutos de las diferentes profesiones y oficios existentes<sup>4,5</sup>.

La importancia y prestigio de la ley en cuanto regla de derecho general y obligatoria, emanada como la expresión de la voluntad nacional ejercida por el pueblo, a través de los representantes de aquél, hizo olvidar la importancia preeminente de la Constitución, circunstancia que se manifiesta en la inexistencia en el Derecho francés, incluso en la actualidad, de un recurso para declarar inaplicable una ley inconstitucional y, por otra parte, el refuerzo que significó la codificación de las leyes reunidas en el Código Civil francés. El Código Civil, por la naturaleza y permanente utilización de las leyes que sistematizó y debido a que interpretó acertadamente los requerimientos normativos de su época, operó un verdadero eclipse sobre el estudio, la difusión y aplicación del Derecho Constitucional. Este fenómeno no es ajeno en nuestro medio, donde la "deificación" de la ley ha sido la causa de defectos graves de interpretación y de aplicación del derecho.

El error señalado se corrige realizando la interpretación jurídica sobre la base de la idea de ordenamiento jurídico "integral", el que nace en la Constitución y continúa en las leyes y en las normas de rango inferior, hasta llegar al acto de efectos particulares. Este acto puede ser, objetivamente, "reglamentario" y "legal", no obstante ser nulo; la nulidad provendría por ser aquél inconciliable con la Constitución, incompatibilidad normativa que tendría su origen en la circunstancia de ser el acto aplicación fiel de la potestad contenida en una ley que es, en sí misma, inconstitucional. La respuesta al interrogante con que se inicia el número del presente capítulo fluye, naturalmente, de lo que hemos expresado; en consecuencia no es la ley el límite normativo para la confrontación de la juridicidad del acto administrativo, sino que es la Constitución, en conformidad con el tenor literal del mencionado art. 69 de aquella. El límite normativo podrá estar en la ley, a condición de que el acto analizado resulte ser ilegal, al constituir una defectuosa aplicación de la ley de que emana.

\*Fustel de Coulanges "La Cité Antique", Librairie Hachette, año 1917, París, especialmente, el capítulo xvii "De l'omnipotence de l'État; les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle", pp. 265 a 269.

\*Esto surge a lo largo de los distintos pasajes del excelente relato histórico que nos dejó Alexis de Tocqueville, en su obra: *L'Ancien Régime et la Révolution*.

2. *Situación en que el acto administrativo es regular, pero no así la ley que ejecuta.*

Un jurista avezado en el manejo de los principios iuspublicistas nos corregiría, de inmediato, la denominación que hemos dado al presente capítulo y tendría razón en hacerlo, como quedará demostrado en el siguiente desarrollo del trabajo.

Del fenómeno de "deificación" de la ley, el cual hemos indicado, se deriva el error de no considerar a la Constitución como norma jurídica, sino política o moral, ha surgido el empleo de las expresiones "legalidad", "control de legalidad", "vicio de ilegalidad", en el sentido de ajustado a derecho, de juridicidad, de regularidad jurídica. Con la voz "legalidad" se señala, implícitamente, que el acto que esté de acuerdo con la ley no puede ser antijurídico, contrario al derecho. La "legalidad" aparece como una aceptación de regularidad jurídica que comprende, tácitamente, también, la conformidad del acto revisado con la Constitución. El problema radica en la circunstancia de que dicha constitucionalidad "implícita" dentro de la calificación de la "legalidad" del acto, incurre en la omisión consistente en no haber confrontado a aquél con la Constitución. Nos proponemos destacar la exagerada dimensión que, arbitrariamente, se ha dado a la voz "legalidad", al pretender, sin fundamento racional alguno, que aquélla comprende a la constitucionalidad.

Existen leyes vigentes que contienen disposiciones que resultan inconciliables con la Constitución, especialmente, con la esencia de los derechos públicos subjetivos. Estos defectos han pasado inadvertidos al legislador, circunstancia que no redime a la ley de la sanción prevista en el art. 6º de la Carta. Este tipo de ley, con defectos de inconstitucionalidad, es siempre grave, pero lo es aún más cuando se trata de leyes de derecho público, administrativas, en atención a la gestación y a los efectos de los actos administrativos que ejecutan a aquéllas. La mayor gravedad aludida queda de manifiesto al considerar los efectos del acto administrativo, tales como son la presunción legal de validez, la imperatividad, la ejecutoriedad y la insusceptibilidad<sup>6</sup>.

<sup>6</sup>Vid nuestro *El acto administrativo. (Legalidad, efectos e impugnación)*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1980.

La inconstitucionalidad de una ley puede provenir de diversas causas, v. gr.: cuando aquella vulnera, directamente, preceptos constitucionales; cuando la ley aun cuando no vulnera directamente normas constitucionales explícitas, sí contradice disposiciones de una ley orgánica constitucional, a la cual complementa; cuando la ley, al establecer limitaciones u obligaciones sobre la propiedad, por razón de la función social de ésta (art. 19, N° 24 inciso 2°), lesiona la esencia del derecho de dominio (art. 19 N° 24 inciso 3° y N° 26 inciso 1°) .

En el caso de un acto administrativo, dictado en ejecución de una ley con alguno de los vicios indicados (a título de ejemplo), y dando por establecido que el acto administrativo estuviera integralmente ajustado a la ley y al reglamento (que pormenoriza las reglas contenidas en aquélla) tendríamos un acto viciado de nulidad, no obstante que éste es totalmente "legal" y "reglamentario". Al conocer del litigio en que incide la impugnación del aludido acto administrativo, el juez deberá analizar la juridicidad del acto a la luz del ordenamiento jurídico "integral", teniendo que declarar su nulidad, a pesar de que el acto esté en plena armonía con la ley y con el reglamento, por causa del deber establecido en el art. 6° de la Constitución, disposición que le prohíbe eludir la declaración de la nulidad del acto que, siendo "legal", es, también, inconstitucional. El citado art. 6° se refiere a los órganos del Estado, sin exclusiones, referencia que, ciertamente, comprende a todos los órganos judiciales, cualquiera que fuere su jerarquía. Debemos realzar la disposición del art. 6°, en la parte en que ella establece sanciones y responsabilidades para los casos de incumplimiento de la regla del inciso 1°, circunstancia en la que se encontraría el juez que eludiera declarar la nulidad del acto administrativo "legal", en razón de la inconstitucionalidad que la ley le transmitió, directamente.

El error a que aludíamos, al comienzo de este número, consiste en calificar como "ajustado a derecho" o "regular" a un acto inconstitucional, sin que pueda dársele dicha calificación, aun cuando aquél esté ajustado a la ley y al reglamento. Como decíamos, el vicio de inconstitucionalidad de la ley se transmite al acto, contaminándolo con la nulidad.

3. *¿Constituye la declaración de inaplicabilidad de la ley por la Corte Suprema un obstáculo insalvable para la declaración de la nulidad del acto, sin dicha declaración previa?*

Hay juristas que, posiblemente, en un comienzo no aceptarán nuestra tesis, consistente en el deber ineludible de todo juez de hacer prevalecer la Constitución sobre la ley, aduciendo que nuestra tesis estaría en colisión con la norma del art. 80 de la Carta, disposición que confiere a la Corte Suprema el conocimiento y fallo del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. La presunta colisión de nuestra tesis con la atribución del art. 80 carece de fundamento jurídico real. Esa argumentación incurriría en el error de mirar aisladamente cada precepto constitucional, sin considerar las disposiciones en relación con el contexto de la Carta. Además de este error existiría otro, consistente en utilizar solamente algunos principios del ordenamiento jurídico integral, al pretender, infundadamente, que todos los preceptos constitucionales son de idéntica jerarquía. A los errores mencionados habría que sumar el derivado de la contradicción que se atribuye a los arts. 69 y 80 de la Carta, en circunstancias de que ambos coexisten en armonía, en razón de que sus efectos no son idénticos. La inaplicabilidad resultante de la aplicación del art. 69 no es inmutable, mientras que la proveniente del art. 80 sí lo es. Cuando un tribunal (de primera instancia o de apelación) que conoce de un litigio, en el cual se pide la nulidad de un acto administrativo, llega al convencimiento de que dicho acto es "legal", pero, al mismo tiempo, inconstitucional, debe pronunciar la nulidad del acto. Al declarar la nulidad del acto, el tribunal está pronunciando, también, la inaplicabilidad de la ley causante de la antijuridicidad del acto aludido. El tribunal ha hecho prevalecer la Constitución, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 6. La inaplicabilidad derivada de la aplicación del art. 69 puede ser modificada por el tribunal de alzada, en consecuencia, dicha inaplicabilidad no es definitiva y, por el contrario, podría revocarse. En cambio, la inaplicabilidad pronunciada por la Corte Suprema, en ejercicio de la atribución privativa que le confiere el art. 80, es inmutable y definitiva.

En consecuencia, la facultad privativa que el art. 80 otorga a la Corte Suprema no impide a otro tribunal pronunciar, tácitamente, la inaplicabilidad de una ley contraria a la Constitución, haciendo pre-

valecer la regla que establece la preeminencia de la Constitución, ordenada por el artículo 69 respecto de "todos los órganos del Estado", incluidos los tribunales. La inaplicabilidad declarada sobre la base del artículo 69 será siempre posible, salvo que la Corte Suprema haya declarado que la ley es constitucional.

#### IV. CONCLUSIÓN

El ordenamiento jurídico está integrado por tres principios esenciales: la jerarquía normativa, la armonía normativa y la oposición normativa. Estos principios son utilizados parcialmente, circunstancia que otorga una preeminencia indebida a la ley, regla que siempre está subordinada a la Constitución. Hemos visto que puede acontecer que un acto administrativo sea legal y, también, reglamentario, no obstante ser inconstitucional. La inconstitucionalidad puede provenir de la ley, situación en que el acto será "legal", pero antijurídico. Esta antijuridicidad afecta con la nulidad al acto; ella debe ser declarada por el juez, sin importar que la declaración de nulidad implique la inaplicabilidad de la ley, en razón de la inconstitucionalidad que la afecta. El artículo 69 de la Carta Fundamental establece, en términos perentorios, la preeminencia de la Constitución sobre toda otra regla de derecho, incluida la ley. La atribución del artículo 69 se encuentra en plena armonía con la contenida en el artículo 80, dado que la "estabilidad" de las declaraciones de "inaplicabilidad" surgidas del ejercicio de las facultades de uno y del otro artículo son diferentes. La declaración de inaplicabilidad surgida del ejercicio del artículo 69 es modificable, luego ella no es definitiva ni inmutable; no acontece lo mismo con la inaplicabilidad emanada del artículo 80, que es definitiva e inmutable.

El propósito de la presente tesis es el de ayudar al perfeccionamiento del control jurídico sobre los actos administrativos, especialmente, respecto del control ejercido por los tribunales de justicia. El perfeccionamiento del control jurisdiccional de los actos administrativos constituye uno de los pilares más sólidos para la construcción del Estado de Derecho y para la vigencia de una auténtica democracia.

