

Nº 212
Volumen II
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA NATURALEZA DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

MARCELO ACUÑA BUSTOS
Universidad de Concepción

1. INTRODUCCION

En términos amplios, existen dos grandes visiones acerca de la naturaleza de la nulidad en general: su consideración como sanción, de un lado, y la negativa de esta postura, por el otro.

Sin embargo, en esta oportunidad hemos creído necesario detenernos en un complejo tema, cual es el de la naturaleza de las normas constitucionales que establecen y son la base de las elaboraciones teóricas acerca de la nulidad de Derecho Público. Este es un aspecto cuya importancia no ha sido lo suficientemente resaltada por la doctrina nacional y cuyas consecuencias prácticas son totalmente ignoradas¹.

Para realizar este análisis, y pese a que para la mayoría de los autores la nulidad es una sanción, nos posicionaremos entre quienes sostienen que la nulidad no constituye una sanción. Las consecuencias de esta opción, en lo que a la nulidad de Derecho Público se refiere, son de innegable trascendencia para la defensa del orden jurídico y de los derechos y libertades fundamentales de las personas, según las circunstancias particulares del caso², sin embargo no estimamos que sea la situación entrar en su consideración.

¹ Si la pregunta ¿cuál es la naturaleza de la nulidad? resulta ser oscura, cuanto más lo es cuando nos preguntamos por la naturaleza de la nulidad de Derecho Público.

² Recordemos que la nulidad es un instrumento destinado a la defensa del Derecho objetivo, pero que también viene a cumplir un rol importantísimo en lo relacionado con la protección de los derechos fundamentales.

2. BASES DOCTRINARIAS

Dentro de todo sistema jurídico existen normas que se refieren a la forma para celebrar determinados actos jurídicos, entre ellos, los actos jurídicos estatales. Estas normas no tienen por función imponer obligaciones, sino entregar a las entidades o a las personas facilidades para concretar sus deseos o pretensiones, otorgándoles potestades para crear, bajo ciertas condiciones, actos jurídicos que generarán efectos vinculantes, obligatoriedad que se encuentra apoyada en último término por la coacción estatal. Si no se siguen las reglas dispuestas para engendrar un acto jurídico válido, esto es, si no se observan las exigencias legales correspondientes, no se podría decir que se ha infringido alguna obligación impuesta por el orden jurídico o por alguno de sus preceptos, en particular; simplemente no se habrá concretado el propósito de crear un acto que pueda dar origen a derechos y obligaciones, pues lo resultante será un acto inidóneo, y por lo mismo, carente de efectos vinculantes.

Junto con esta clase de normas encontramos otras que podemos denominar normas de deber, que para estos efectos pueden ser definidas como aquellas que prescriben ciertas conductas que los sujetos deben realizar o abstenerse de realizar, esto quiéranlo o no. Es decir, este tipo de reglas impone deberes u obligaciones, que son respaldados por la amenaza, generando eventualmente la aplicación de una sanción para el caso de contravención.

En palabras simples, las normas potestativas dicen: "Si quiere hacer esto, ésta es la manera de hacerlo"; en cambio, las reglas de deber, por antonomasia las del Derecho Penal, expresan: "Haga esto, lo quiera o no".

Las normas que establecen nulidades "no parecen ser prescripciones destinadas a influir en el comportamiento (ya que el Estado puede ser absolutamente indiferente acerca de la realización o no del comportamiento en cuestión –como la celebración de un testamento sin testigos– con tal de que no produzca efectos jurídicos); tampoco parecen ser permisiones que expresan... una suerte de promesa de no sancionar o no interferir en cierto comportamiento"³. En este sentido podemos señalar que "la relación entre la acción conforme con la regla y esta última no es bien expresada con las palabras 'obedecer' y 'desobedecer', que se adaptan mejor al caso del Derecho Penal, donde las reglas son análogas a las órdenes"⁴.

³ Nino, Carlos S., *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 199.

⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 39.

Cabe hacer presente que estas normas que confieren potestades "no son solamente las que se refieren a actos privados, como las que se acaba de señalar; también están las que confieren potestades públicas, por ejemplo, las que dan competencia a un legislador para dictar leyes, a un juez para dictar sentencias, etcétera... Tampoco de estas últimas normas se puede decir que imponen obligaciones a los funcionarios, sino que son reglas que establecen las condiciones y el procedimiento que hay que seguir si es que se quiere dictar otras normas jurídicas que no sean nulas"⁵.

Se trata, en suma, más que de normas prescriptivas o disuasivas de una conducta, de normas descriptivas de una realidad y de un propósito, cual es que un acto irregular no es la vía idónea para alcanzar el fin propuesto por la norma que ha otorgado la potestad pública, y por lo mismo, de él no pueden derivarse los efectos normales que resultan de uno regularmente emitido.

⁵ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 89. Sobre esto mismo Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 36-37, señala que existen normas que acuerdan potestades jurídicas no sólo en el ámbito privado, sino que también en el público, caso en que nos encontraremos frente a potestades públicas u oficiales. "Se encuentran ejemplos de ellas en las tres ramas -judicial, legislativa y administrativa- en que habitualmente, aunque en forma vaga, se divide al gobierno. Consideremos primero aquellas normas en que se basa el funcionamiento de un tribunal. Algunas de ellas especifican el objeto y contenido de la jurisdicción del juez, o, como suele decirse, le dan 'potestad para conocer' en ciertos tipos de casos. Otras especifican el modo de designación, las condiciones requeridas para ocupar el cargo y la estabilidad en la función judicial. Otras suministran cánones de conducta judicial correcta y determinan el procedimiento que debe seguirse ante el tribunal... Es beneficioso observar la variedad de cláusulas contenidas en estas leyes (códigos procesales) para la constitución y funcionamiento normal de un tribunal. Pocas de ellas parecen ser a primera vista órdenes dadas al juez para que haga o se abstenga de hacer algo; porque si bien no hay razones, por supuesto, para que el derecho, mediante reglas especiales, no prohíba a los jueces, bajo una pena, excederse en la jurisdicción o decidir un caso en el que tengan interés patrimonial, estas reglas que impondrían tales deberes jurídicos serían adicionales a las que confieren potestades judiciales a los jueces y definen su jurisdicción. Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas". Respecto de las normas que regulan el ejercicio de las potestades legislativas (pp. 39-40) señala: "Así, algunas reglas especifican la materia sobre la cual puede ser ejercida la potestad legislativa; otras determinan las condiciones que deben reunir los miembros del cuerpo legislativo o su identidad; otras, la manera y la forma de la legislación y el procedimiento a ser seguido por el cuerpo legislativo... la consecuencia de la no conformidad con tales reglas puede no ser siempre la misma, pero siempre habrá algunas reglas cuya inobservancia hace que el pretendido ejercicio de la potestad legislativa sea un acto nulo... Pero, ..., hay una diferencia radical entre las reglas que confieren potestades legislativas y definen la manera de su ejercicio, y las reglas del derecho penal que se asemejan a órdenes respaldadas por amenazas. En algunos casos sería ridículo asimilar estos dos tipos amplios de reglas. Si una medida obtiene en un cuerpo legislativo la mayoría de votos necesaria, y es así debidamente aprobada, los que votaron a favor de ella no han 'obedecido' la regla que requiere que las decisiones sean tomadas por aquella mayoría, ni los que votaron en contra han obedecido o desobedecido esa regla; lo mismo puede decirse si la medida no llega a obtener la mayoría necesaria y por lo tanto no se aprueba norma alguna. La radical diferencia de función entre tales reglas impide aquí el uso de la terminología apropiada a la conducta en su relación con las reglas del derecho penal". Lo mismo puede aplicarse a las normas que regulan el ejercicio de las potestades administrativas.

Enseguida, como segundo elemento de análisis ha de tenerse en cuenta cuál es la causa última de que el acto nulo sea incapaz de producir sus efectos, es decir, por qué en los hechos el acto es impotente, ineficaz. La razón se encuentra en la "negativa del Estado a prestar la coacción", es decir, de reconocer o respaldar jurídicamente un acto irregular. Recordemos que el Estado presta su fuerza legítima a fin de hacer eficaces los actos jurídicos, pero ello se encuentra siempre condicionado a que se respeten las situaciones estimadas por la ley como indispensables para que el acto sea apto o idóneo al fin perseguido.

Cuando estas condiciones no se ven satisfechas no es posible obtener este respaldo por parte del Estado. De ahí que, desde esta perspectiva, pueda sostenerse que las normas que disponen nulidades, sea directa o indirectamente, no son más que prescripciones dirigidas a los jueces a efecto de prohibirles que presten o que hagan uso de la coacción estatal para ejecutar una prestación o de exceptuar su obligación general de hacerlo cuando se encuentren ante un acto inidóneo⁶.

En el Derecho Público, esta "negativa a prestar la coacción", a respaldar o reconocer el acto también se da, aun cuando se manifieste de manera particular, dadas las especiales características y privilegios de que gozan los actos de los entes públicos.

Para que el acto estatal produzca en definitiva los efectos jurídicos queridos por el órgano, debe ser válidamente emitido, esto es, debe surgir a la vida del Derecho en forma regular. Resulta entonces que el fenómeno de la nulidad en esta rama radica en privar de fuerza vinculante, de entre todos los actos que se verifican diariamente en la realidad material por los órganos estatales, a aquellos que en razón de tener alguna deformidad respecto del modelo normativo, no dan cumplimiento a las exigencias básicas dispuestas para que un acto de esta clase sea idóneo para alcanzar los fines de bien común previstos por el orden jurídico, y goce por lo tanto de todas las prerrogativas que les son inherentes: presunción de juridicidad, imperatividad, ejecutoriedad, etc. Con esto queremos señalar que la nulidad opera en el Derecho Público como un mecanismo de depuración jurídica de los actos estatales en cuanto productores de consecuencias obligatorias que han de ser recibidas por la sociedad política, antes que como una sanción castigadora de las infracciones al principio de juridicidad.

El acto nulo existe y sigue existiendo, sin embargo se le priva de su capacidad

⁶ De acuerdo con este modo de ver las cosas, lo que usualmente es concebido como el contenido del Derecho, el cual está destinado a guiar la conducta de los individuos particulares, no es más que el antecedente o "cláusula condicionante" de una regla que no está dirigida a ellos sino a los funcionarios y tribunales de justicia.

para producir efectos obligatorios o vinculantes o bien se hacen cesar los que eventualmente estuviere produciendo, situación que se manifestará a través de la negativa del Estado a prestar o seguir prestando su fuerza para respaldar dicho acto. Enfocadas las cosas desde este ángulo, si se quisiera reducir el problema de las nulidades a términos simples, éste es el de la coercitividad.

Respecto de lo último, los actos estatales como regla general llevan en sí una pretensión de cumplimiento, es decir, una imperatividad que deriva del hecho de constituir el ejercicio de la soberanía⁷ por parte de las autoridades establecidas por la Constitución. Sin embargo, esta imperatividad y la ejecutoriedad que ella conlleva son condicionales⁸, de suerte que si se llega a declarar por las instancias correspondientes que el acto estatal no es válido, éste perderá su imperatividad, retirándosele todo el amparo que hasta ese momento pudo haber tenido, perdiendo también y de modo definitivo el atributo de la ejecutoriedad. Es el mismo Estado quien, habiendo a través del brazo de la justicia constatado la irregularidad en la actuación de uno de sus órganos, niega su asenso a los efectos derivados de aquélla, sentenciando su muerte y procediendo a quitarle el respaldo de su aparato coercitivo. Así las cosas, la invalidez de un acto en el Derecho Público no significa entonces falta de ejecutividad y de eficacia, sino de ejecutividad y eficacia duraderas⁹.

Al cuidarse el ordenamiento de condicionar la producción de efectos jurídicos al respeto de sus reglas, resultando ser una exigencia ineludible el no asignar a una entidad imperfecta la misma relevancia jurídica que una perfecta, se resguarda el imperio del Derecho, pues se tiene por no eficaz y no obligatorio a un acto que en sí y por un defecto de origen no posee dichos atributos, que por su propia inidoneidad se ha tornado impotente.

Desde otro punto de vista, se evita además que alguien se vea obligado sin razón, pues lo normal será que los individuos no se encuentren jurídicamente

⁷ Es la soberanía el fundamento jurídico y moral de que las actuaciones unilateralmente impartidas por el poder público generen efectos obligatorios que pueden imponerse aún por la fuerza a los particulares; vid, arts. 5º y 6º inc. 2º de la Constitución.

⁸ Una de las facetas de la soberanía consiste precisamente en la potestad de emitir unilateralmente actos que, al gozar de una presunción de validez, deben ser acatados y tenidos como jurídicamente obligatorios. Esta obligatoriedad descansa en el ejercicio de las potestades públicas atribuidas a los distintos órganos del Estado, ya sea por la Constitución o por la ley. Con todo, la no observancia de las condiciones requeridas para que se produzca dicha atribución hace desaparecer la imperatividad, v. gr., sin el cumplimiento de los requisitos del art. 7º de la Constitución no existe el imperativo jurídico de obedecer al acto.

⁹ Ya que habitualmente, aunque sea de manera provisoria y temporal, el acto, en tanto no se demande su nulidad, se comportará como uno válido y eficaz.

ligados. Contrario a Derecho, arbitrario, sería que un particular se hallara obligado por un acto que no tiene aptitud para obligar y que por esto sufriera una lesión en sus derechos fundamentales.

Si se parte sobre la base de la consagración en el art. 6º de la Carta de 1980 del principio de juridicidad, que supone la sujeción integral de los órganos del Estado a Derecho, tanto en su ser como en su obrar, tenemos que si no se actúa conforme a lo dispuesto en dicho precepto, se estará infringiendo el mentado principio, y en consecuencia el acto resultante será antijurídico. Al estar originariamente sujetos los órganos estatales y, consecuentemente, sus integrantes, a una cláusula general de interdicción o de prohibición de obrar, podría concluirse que las actuaciones contrarias a lo dispuesto en el citado art. 6º están prohibidas, o a lo menos no serían permitidas por el Derecho.

Frente a lo anterior: ¿todo acto prohibido o no permitido es nulo de Derecho Público?, ¿es nulo todo acto contrario a la juridicidad? Sí, ha dicho la mayoría de los autores y aparentemente con buenas razones. Con todo, esta respuesta que prima facie parece irrefutable, prescinde de un análisis prolijo de las normas e instituciones jurídicas, por lo que debe ser tomada con cautela y provisionalidad.

Una cosa es que el acto que contraviene los dictados del art. 7º sea antijurídico, y otra muy distinta es sostener que la nulidad de un acto es la consecuencia necesaria de su antijuridicidad.

El ideal es que la actuación de los órganos del Estado se encuadre dentro de la juridicidad, pero ello no quiere significar que se deban dictar solamente, siempre y por siempre actos válidos. En el fondo, el problema no radica en que se dicten actos irregulares, sean éstos producto de una simple omisión o del querer deliberado del agente, sino en que a dichos actos defectuosos se les pretenda atribuir efectos obligatorios, dar fuerza vinculante, esto es, que se obligue en virtud de un acto que es intrínsecamente incapaz de producir efectos, haciéndolos cumplir, incluso por la fuerza, y que esta fuerza sea prestada por el Estado.

La esencia de un acto válido, y ello tanto en el Derecho privado como en el público, es que aquél, quiérase o no, deberá ser cumplido, aun coercitivamente, pues trae en sí la fuerza para ello, posee la aptitud para producir efectos obligatorios. El acto inválido, por el contrario, no es apto para producir los efectos vinculantes que le son propios, aun cuando en el hecho, en tanto no se declare su invalidez, los produzca o se pretenda hacerlos cumplir, aun forzadamente. Y la razón de esta falta de aptitud radica en que se trata de un acto anómalo, defectuoso, enfermo, viciado, que no posee la fuerza vital para obligar. En el fondo, no es

otra cosa que su intrínseca ineptitud lo que lo priva de ser respaldado por el aparato de fuerza del Estado.

El Derecho, y esto constituye uno de sus grandes aportes a la vida social, posibilita que los sujetos den forma a sus relaciones obligándose jurídicamente entre sí. Lo mismo puede decirse respecto del Estado y sus órganos, que en tanto ejecutores de la soberanía pueden, a través de ciertas actuaciones jurídicas, vincular a los administrados. No obstante lo señalado, para que surja la facultad vinculante del respectivo acto jurídico, esto es, la exigibilidad y el correlativo deber jurídico, éste ha de haber sido generado cumpliendo ciertas condiciones. Así, tal como no todo terreno es fértil, tampoco todo acto emanado de un órgano del Estado en definitiva obligará. Sólo aquel en que se den las condiciones mínimas exigidas por las leyes de la naturaleza o por las leyes positivas será fructífero.

Queda hasta ahora medianamente claro que el problema de la naturaleza de la nulidad de Derecho Público va más allá de la pura y simple infracción a la legalidad.

Si analizamos las cosas desde el punto de vista del Derecho en general, ¿puede decirse que es prohibido por el Derecho civil el otorgar un testamento sin los requisitos prescritos por el legislador?, o si se quiere, un testamento en cuyo otorgamiento no se han respetado las formalidades legales, ¿será nulo porque esté prohibido dictar actos irregulares? Estimamos que no, pues si bien en esta área existe el principio de que "todo acto prohibido por la ley es nulo", resulta que "no todo acto nulo es a su vez prohibido por la ley", ya que la emisión de actos con defectos estructurales no es en estricto una conducta prohibida por la ley.

Aprovechamos de hacer presente aquí que la declaración general del art. 10 del Código Civil¹⁰ relativa a que todo acto prohibido por la ley es nulo, salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, pese a lo que pudiera pensarse, es absolutamente inaplicable al Derecho Público, pues no obstante ubicarse en el título preliminar de dicha codificación, más específicamente en el párrafo 3 que trata sobre los efectos de la ley, es una norma pensada y que tiene razón de ser exclusivamente para el ámbito jurídico privado, siendo el límite que la ley impone a la esfera de la disponibilidad jurídica de los particulares, esto es, a la autonomía de la voluntad, no siendo este el caso cuando se trata de la

¹⁰ Este precepto formula un principio que ya en el Derecho civil se estima de gran generalidad que no debería ser interpretado rígidamente. Así las cosas, no cabría sostener que toda disconformidad con una determinada ley o bien que toda omisión de formalidades aún meramente accidentales con relación al acto deban siempre llevar consigo la consecuencia extrema de la nulidad, sobre todo en aquellos casos en que exista una normativa especial que regule la materia, o cuando el problema planteado recaiga en un materia de elevada complejidad que no pueda resolverse por la simple y aislada aplicación de esta disposición.

actuación de entes estatales que obran en el ejercicio de potestades públicas. Por otra parte, si se estimara que esta norma rige para el Derecho Público, tendríamos que concluir que el problema de la nulidad, sus características y efectos estaría solucionado, pues no cabría estimar sino que ha de aplicarse el estatuto de la nulidad absoluta del Código Civil, consecuencia que nos parece totalmente inaceptable.

Por otro lado, ¿está prohibido por los códigos procesales dictar una sentencia con infracción de las leyes del fondo o las que regulan la forma? O, una sentencia dictada con infracción a las leyes del fondo o violando la cosa juzgada, ¿será nula porque esté prohibida la dictación de las mismas? Categóricamente respondemos que no¹¹.

Volviendo al Derecho Público ¿sigue siendo tan claro que todo acto antijurídico sea nulo de Derecho Público? Desde otra perspectiva y yendo al fondo del asunto, ¿impone la Constitución en los arts. 6º y 7º un deber ser en el sentido de prescribir un deber jurídico?¹², ¿son éstas de aquéllas que imponen una conducta quiérase o no? A la luz de la doctrina mayoritaria, la respuesta a ambas interrogantes nuevamente sería afirmativa.

Bajo tal supuesto, esto es, que dichos preceptos constituyan normas de deber ser, ¿cuál será la consecuencia de la contravención a estas normas? La respuesta no podría ser otra que la nulidad, la que deberá operar siempre de pleno derecho y sin distingo alguno, pues nos encontraríamos ante el imperativo constitucional de dictar siempre e infinitamente actos válidos. Además, sobre la base de dicha premisa la nulidad se muestra indiscutiblemente como una sanción a las actuaciones que contravengan el principio de la juridicidad.

Pese a dicha doctrina, que es la mayoritariamente sustentada, creemos que existe un grueso error que ha logrado pasar inadvertido por un buen tiempo¹³. Un análisis cuidadoso e individual de cada uno de estos preceptos nos demostrará el verdadero carácter que ellos poseen.

¹¹ Vid. nota 5.

¹² Es necesario tener bien en claro el sentido que se quiere otorgar a una y otra clase de normas dentro de este contexto, pues no puede desconocerse que tanto las reglas que confieren potestades como las de deber constituyen "pautas" o "criterios" de conducta (estándares) para la apreciación crítica de acciones determinadas. Así, en un sentido lato, toda norma contiene un deber ser.

¹³ Por lo mismo discrepamos un poco de aquellos que sostienen que la nulidades operan como antibióticos de la juridicidad para el saneamiento del antiderecho. Si bien uno de sus roles puede ser la mantención del imperio del Derecho, creemos que ello no se obtiene a través de la eliminación de todo acto contrario a la juridicidad.

3. NUESTRA POSICION. ANALISIS DEL ARTICULADO CONSTITUCIONAL

El art. 6° de la Carta Fundamental reza: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Por su parte, el 7° dispone: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

Pues bien, de la lectura calmada y razonada de tales preceptos resulta que sólo el art. 6° impone un deber ser, mas no el 7°, que es la norma que dispone la nulidad para el caso de contravención. Es más, respecto de este último, que al fin y al cabo es la norma clave en la materia, puede verse que el lenguaje empleado por el constituyente dista mucho del de las "órdenes"¹⁴.

Nótese que el art. 6° impone a la totalidad de los órganos estatales el deber de seguir una línea de conducta, la que consiste en sujetarse en sus actuaciones a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, encabezadas por la Constitución Política. Sin embargo, junto con fijar este principio, el precepto no está disponiendo otra consecuencia para su contravención que las sanciones y responsabilidades que determine en su oportunidad la ley.

Entonces, si debemos responder a la interrogante de si el art. 6° impone un deber ser, si prescribe o no la realización de un deber jurídico, la respuesta es sí; efectivamente impone un deber ser cuya contravención corresponderá al legislador reprimir, pero en ninguna parte se habla de nulidad, ni menos de una nulidad ipso jure, insanable e imprescriptible.

¹⁴ Por lo que a primera vista no parece ser una norma que ordene que se haga algo o se abstenga de hacer algo.

En cuanto al art. 7º, no puede decirse que su inc. 1º sea una norma que prohíba bajo todo respecto la realización de un acto por persona carente de investidura legal, o fuera de su competencia o sin las formas exigidas por la ley, o más allá de su autoridad o derechos. En otras palabras, no es un precepto que "exija" un cierto comportamiento o que "obligue" a las autoridades a obrar regularmente investidos, dentro del ámbito de su competencia, y de acuerdo a las formas legales; tan sólo se está disponiendo que todo acto que no satisfaga dichas condiciones o requisitos no será un acto válido, y que sin perjuicio de ello generará las responsabilidades y sanciones que la ley se encargará de señalar.

Este inc. 1º del art. 7º de la Constitución responde a lo que hemos definido como normas potestativas o de competencia, las cuales no prescriben deberes; ellas no constituyen inmediatamente en sí una directiva, pues no prescriben las condiciones o requisitos que indican como deberes. En efecto, en este art. 7º, "se precisan,... por el constituyente los requisitos que han de cumplir las decisiones de los depositarios del poder público para que puedan ser respetados por sus destinatarios como expresiones de la voluntad de la sociedad política"¹⁵.

Lo anterior viene dado en razón de que no existe el imperativo jurídico de dictar siempre e infinitamente actos válidos¹⁶, pues el hecho de ser el Estado un ente abstracto que actúa a través de las personas naturales obsta por sí solo a que exista en la integridad de las actuaciones estatales una perfecta regularidad jurídica a perpetuidad. La función de gobernar o de dictar leyes o de administrar justicia, como toda actividad en que interviene la mano del hombre, no se encontrarán jamás exentas del error o en el peor de los casos del abuso. Siendo el hombre un ser imperfecto aun cuando tienda hacia la perfección, difícilmente podrá resultar de su cometido obra libre de error.

Por otra parte, respecto del inc. 2º de la disposición en análisis podemos señalar que ella no viene sino a reiterar lo que en el inc. 1º aparece bajo la denominación de competencia. Así las cosas, su utilidad iría más bien por otro lado, esto es, dejar claramente sentado que en Derecho Público sólo puede hacerse lo que expresamente se ha facultado por la Constitución o la ley, de lo que deriva el principio rector denominado de la habilitación legal previa y expresa.

¹⁵ Silva Bascuñán, Alejandro, "Informes acerca del contenido de las Leyes Complementarias de los Artículos 6º y 7º de la Constitución 1980", en Gaceta Jurídica Nº 60, 1985, p. 3.

¹⁶ Ello tal vez podría darse en un sistema totalitario con una burocracia estatal clarividente, infalible y perfecta, de aquellas que describe magistralmente Orwell en "Animal Farm" y "1984", mas no en un sistema democrático-liberal. En efecto, los arts. 6º y 7º de la Carta Fundamental lo que buscan es establecer las bases de un Estado de Derecho, el cual supone pasar del "gobierno de los hombres" al "gobierno de las leyes", lo que en ningún caso puede dar lugar a una "dictadura de las leyes".

Conjuntamente con esto contribuye a la consagración, nada menos que en las bases de la institucionalidad, del principio de la separación orgánica de funciones, elemento básico del Estado de Derecho.

Debemos recordar que el objeto primordial de esta norma, que viene de la Carta de 1833, apuntaba, por un lado, a establecer la paz social y el orden republicano y asegurar la unidad de la incipiente nación, evitando en lo posible todo brote de caudillismo y subversión y, en segundo lugar, perseguía un fin netamente jurídico y de buena administración: la delimitación de las atribuciones que a cada autoridad correspondía, y que en la época se hallaban en un estado confuso, a través de una atribución de poderes previa y expresa por parte de la Constitución o la ley. Sin embargo, a la hora de apreciar su posibilidad de aplicación práctica, el precepto era objeto de comentarios poco elogiosos por parte de la doctrina de la época.

La norma pasaría sin mayores modificaciones a la Constitución del '25 y de ahí a la de 1980, donde ya no constituirá un artículo sino que formará parte de otro precepto mayor. En efecto, dentro del art. 7º ocupa el inc. 2º, a continuación de aquel donde se establecen las condiciones para una actuación válida por parte de los órganos del Estado. Esta ubicación no es meramente casual, sino que responde a un propósito: el recalcar que existe un requisito básico para que se pueda estimar que la actuación de un ente público constituye un acto jurídico imputable al Estado, a la vez que es condición fundamental para la existencia del acto estatal, cual es la competencia del órgano.

Así, dentro del esquema normativo de los arts. 6º y 7º se da una coexistencia entre normas nuevas y otras que poseen más tradición, pero que, sin embargo, fueron dictadas bajo realidades muy diversas. No obstante tal fenómeno, se da una coherencia plena entre el art. 6º y el inc. 1º del 7º, ambas innovaciones de la Carta del '80, quedando este inc. 2º como un precepto que, si bien posee una gran importancia, tanto así que ha sido llamada "la regla de oro del Derecho Público chileno", deja entrever cierto arcaísmo que ha de ser subsanado a través de una interpretación dinámica de la misma. Entendemos entonces que esta norma más que un deber jurídico autárquico y desligado de los indicados en el inc. 1º, está, a más de las funciones ya señaladas, reafirmando o reforzando la necesaria concurrencia del elemento competencia si de acto estatal se quiere hablar, pues de otro modo no se explica su pervivencia¹⁷.

En cuanto a la correspondencia entre este inc. 2º y el inc. 3º que dispone

¹⁷ Acaso deba tenerse también en cuenta el "peso de la tradición".

la nulidad de todo acto en contravención al art. 7º, podemos señalar que en lo referente a la nulidad el problema no existe, puesto que si no es más que la reiteración o refuerzo de la competencia como requisito para la producción de actos válidos, resulta aplicable a su respecto todo lo ya señalado. El énfasis puesto en un requisito, a nuestro entender, no modifica la naturaleza de la institución, aun cuando pueda dar origen a equívocos interpretativos. Lo que realmente importa de la relación entre los dos últimos incisos del art. 7º es que quienes se excedan en su competencia –en el lenguaje añoso del inc. 2º, se atribuyan otra autoridad o derechos que los conferidos por la Constitución o las leyes– se harán siempre acreedores de las sanciones que determine la ley, derivadas de esta verdadera “usurpación de funciones”, ello sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda al agente por su obrar antijurídico.

En suma, este inc. 2º del art. 7º no constituye a nuestro juicio obstáculo alguno para sostener que no existe el imperativo jurídico de dictar siempre e infinitamente actos válidos. Es cierto que viene a sembrar cierta confusión, pero esto se explica por la razones ya señaladas. Quizás su real función se encuentre dada por su carácter de pieza fundante de la teoría de la inexistencia en el Derecho Público.

No se piense que con esto estamos diciendo que los arts. 6º y 7º de la Constitución son normas meramente programáticas que establecen principios sin posibilidad de realización práctica¹⁸, sino que tan sólo estamos constatando un hecho, cual es que por más que se dicten normas de la mayor perfección técnica y de la más alta jerarquía nunca se estará libre del error, la omisión, el exceso, el abuso y/o la desviación, ante los cuales al ordenamiento jurídico no le cabe más que reaccionar. Ni todas la leyes del mundo pueden evitar que en los hechos se produzcan divergencias entre el modelo normativo del acto y la actuación concreta del órgano, cuando éste está necesariamente compuesto por seres humanos, género indefectiblemente sujeto al error y al capricho. Siendo no sólo inevitable, sino también previsible que se produzcan actos defectuosos, será

¹⁸ En este sentido discrepamos un poco de lo sostenido por Enrique Silva Cimma en *Derecho Administrativo chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 150, cuando señala que “los arts. 4º, 23 y 75 de la Constitución de 1925 –de los cuales el primero y el último han sido reproducidos en la Carta vigente con los N°s 7º, incisos 2º y 3º, y 35, inciso 1º, respectivamente–, más que preceptos específicos de donde se pueda deducir claramente una teoría sobre nulidad de los actos administrativos, constituyen simplemente normas de llamado de atención para el legislador y el administrador, de los principios instituidos por el constituyente con el propósito claro de reforzar el régimen de legalidad de los actos públicos, siendo los dos últimos de efectos específicos y que concurren de la manera en ellos expresada”. Si algo de eso hay cabría predicarlo del mentado inc. 2º del art. 7º, pero no del resto.

en los mecanismos jurídicos de respuesta a estas conductas donde descansen la mantención de la juridicidad y del Estado de Derecho mismo, más que en los preceptos positivos, muchas veces vagos y llenos de lagunas. De ahí la importancia superlativa del control, en especial del jurisdiccional.

Por último, los efectos de una interpretación que sostuviera la invalidez de todos los actos dictados con violación de cualquier norma jurídica, en conformidad con la ley suprema, serían tan perjudiciales que, por una cuestión de prudencia, racionalidad y, en fin, de sentido común, debe convenirse en que no toda contravención apareja invalidez, pudiendo simplemente originar sanciones y responsabilidades, e incluso, en casos muy excepcionales carecer de consecuencias.

Lo que venimos sosteniendo además es plenamente coherente con la forma en que el constituyente ha dispuesto los preceptos en la Carta Fundamental. En efecto, en primer término el art. 6º señala los grandes principios: supremacía constitucional y juridicidad, su alcance absoluto, el principio de la bilateralidad, etc. Sin embargo, pese a su jerarquía y a su fuerza intrínseca no establece por sí nulidad alguna para aquel acto que no se someta a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

En efecto, la nulidad aparece tan sólo en el inc. 3º del art. siguiente, el 7º, y nótese bien, no como sanción a la infracción del art. 6º, sino como consecuencia a la contravención de lo previsto en los incs. 1º y 2º del mismo art. 7º –“todo acto en contravención a este artículo es nulo”–, normas que establecen los requisitos para la actuación de los órganos estatales si lo que se quiere es dictar actos válidos¹⁹.

De esto se sigue que el art. 7º viene a aclarar, concretizar o especificar el contenido del art. 6º, ya que si bien en éste se señala que los órganos del Estado deben someter sus actuaciones al principio de supremacía constitucional y al de juridicidad, el artículo siguiente está reconociendo implícitamente que en los hechos una actuación conforme a lo prescrito en el inc. 1º del art. 6º puede no darse siempre.

Frente a esto, que no es más que una pragmática, prudente y sabia consta-

¹⁹ Recordemos que la estructura lógica de ambos preceptos es distinta. En efecto, sólo el art. 7º responde a las características de una norma potestativa, es decir, no obliga actuar de una determinada manera siempre. Sin embargo, para el caso que se incumpla no habrá un reconocimiento jurídico para los efectos que eventualmente pudieran emanar del acto, además de las responsabilidades y sanciones que procedan en razón de la antijuridicidad en el obrar del agente. En cambio, el art. 6º establece un deber ser, un imperativo de conducta: actuar siempre de acuerdo a la Constitución y a las demás normas dictadas conforme a ella, so pena de la aplicación de sanciones y responsabilidades.

tación de la realidad, pues a lo imposible nadie está obligado, y sin perjuicio de la consagración en el art. 6º del principio de supremacía constitucional y de juridicidad, se dispone que cuando los órganos del Estado procedan sin atenerse a los requisitos que el constituyente y/o el legislador han estimado necesarios para una actuación válida, los actos resultantes serán nulos, esto es, sus efectos jurídicos vinculantes, resolución judicial mediante, les serán desconocidos, y que quede claro, no a modo de sanción, sino porque dichos actos no han cumplido las condiciones mínimas de idoneidad exigidas, no siendo merecedores del respaldo de la coacción estatal que los haga plenamente vinculantes.

Por otro lado, si se hubiera querido que toda contravención al principio de juridicidad acarreará siempre la nulidad del acto, ¿por qué no se dispuso la nulidad expresamente en el art. 6º? La respuesta a nuestro juicio es simple: porque era jurídica, lógica y prácticamente imposible; ello habría resultado una utopía o en el mejor de los casos una ingenuidad tremenda por parte del constituyente.

No se vaya a creer en todo caso que las infracciones a lo dispuesto en el art. 6º quedan en la más absoluta impunidad. Lo que no habrá respecto de ellas es nulidad, pero ello no significa que la actuación antijurídica resulte indemne; frente a toda antijuridicidad hay reacción. Recordemos que el inc. 3º de este art. 6º dispone que cuando se le infrinja se generarán las responsabilidades y sanciones que la ley determine²⁰.

De aquí inferimos que toda actuación contraria al principio de juridicidad acarrea consecuencias jurídicas; la antijuridicidad en un Estado de Derecho no puede quedar impune, siendo el legislador el encargado de señalar si en el caso concreto procede hacer efectiva algún tipo de responsabilidad o bien la aplicación de alguna sanción para el infractor, excluida por cierto la nulidad, ya que no es dable calificarla de tal. En consonancia con lo anterior, el inc. 3º del art. 7º hace recaer, junto con la nulidad del acto, las responsabilidades y sanciones sobre la actuación de la cual emanó aquél, justamente a raíz de su antijuridicidad²¹.

Si se ha de desalentar por el orden jurídico los comportamientos contrarios al principio de juridicidad, ello es precisamente a través de las responsabilidades y sanciones que recaen sobre el o los agentes infractores, y no mediante la amenaza

²⁰ Cabe destacar que la medida de la responsabilidad y las sanciones deberá también ser determinada por la ley, puesto que no hay duda de que el art. 6º de la Constitución no establece por sí ninguna sanción.

²¹ El elemento común en ambos artículos es que se sanciona la antijuridicidad y se hace efectiva la consiguiente responsabilidad, lo singular es que no todo acto antijurídico será nulo. De aquí podría resultar la siguiente regla: "toda antijuridicidad es reprimida, empero la antijuridicidad de un acto no acarrea necesariamente su nulidad".

de nulidad, consecuencia que puede en definitiva resultar totalmente indiferente para el titular o integrante del órgano público²².

En suma, para todo acto antijurídico el ordenamiento ha previsto un mecanismo de represión. Así, bajo la Carta vigente la antijuridicidad nunca quedará impune, pues siempre acarreará las responsabilidades y sanciones que el legislador señale. Otra cosa es creer que la manera adecuada de condenar la conductas antijurídicas es disponiendo su nulidad en todos los casos; sin embargo, resulta con toda claridad del propio texto de la Constitución que ello no es así, esto es, que no todo acto antijurídico será nulo, sino que sólo aquellos que no satisfagan las exigencias básicas del art. 7º.

En otras palabras, de las distintas consecuencias que pueden atribuirse al acto dictado con infracción a la juridicidad, el constituyente ha dispuesto la nulidad sólo para los casos del art. 7º, pues en definitiva, la nulidad de Derecho Público no es consecuencia necesaria e inevitable de la infracción a la juridicidad en este ámbito, no es sanción a la antijuridicidad. Tanto es así que ¿puede sostenerse que la nulidad es consecuencia necesaria o es sanción a las conductas funcionarias irregulares o a la comisión de delitos funcionarios, ambos ejemplos de conductas antijurídicas? Evidentemente que no.

Por otra parte, si se considera que la nulidad de Derecho Público es una sanción, cabe lógicamente preguntarse quién es el destinatario de la misma, pues toda sanción habrá de dirigirse sobre uno o más sujetos determinados, sean éstos personas naturales o jurídicas. No nos queda claro si en este caso la nulidad es una sanción para el Estado, o para el órgano, o para el agente, o incluso para el eventual beneficiario del acto.

Además, si nos estamos al tenor literal de las normas constitucionales en comento, surge otro claro argumento para rechazar la idea de que la nulidad de Derecho Público ostente el carácter de sanción. En efecto, mientras el inc. 3º del art. 6º señala que "la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley", el inc. 3º del art. 7º dispone: "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

²² ¿Puede hablarse de sanciones en contra de leyes o sentencias judiciales irregulares? En tales casos lo propio será que tanto la ley como la sentencia judicial dictadas en contravención a los ordenamientos que las regulan en cuanto a forma y fondo, carecerán del valor de tales, no obligando ni la una ni la otra. Así las cosas, ¿por qué habría de ser distinta la situación respecto de los actos de la Administración? Vid. nota 5. A quien cabe sancionar es al autor de la norma general o particular generada sin sujeción a las disposiciones correspondientes si de esa conducta se sigue una contravención a la a juridicidad. Finalmente, ¿será necesario disuadir –si ésa es la función primordial de una sanción– a nuestros honorables, a nuestras señorías, ilustrísimos y excelentísimos, de dictar actos irregulares? Aunque los hechos nos demostraran que así es, nos resistiríamos a creerlo.

Mientras en el primer caso queda claro que las posibles consecuencias del actuar antijurídico se reducen a dos, esto es, a las sanciones y las responsabilidades que determinará la ley, en el art. 7º son tres: nulidad y, además, las responsabilidades y sanciones. Pues bien, ¿qué otra razón existe para distinguir en este inc. 3º del art. 7º entre "nulidad" y "sanciones", sino el hecho irrefutable de que la nulidad no es una sanción? En otros términos, si la nulidad hubiere sido concebida como sanción, la norma habría dicho: "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y demás sanciones..."²³, pero no fue así, y ello en razón de que se está distinguiendo entre la nulidad, como consecuencia de la inidoneidad del acto y las responsabilidades y sanciones, como consecuencias necesarias del actuar antijurídico y que recaerá sobre un sujeto físico o ideal y no sobre un acto jurídico²⁴. Entenderlo de otra forma sería atribuir al inc. 3º un carácter redundante, puesto que tendríamos que concluir que el constituyente quiso decir que el acto ya sancionado origina las sanciones que la ley señale, reiteración que nos parece impropia de un texto constitucional.

Podemos incluso esgrimir antecedentes históricos en apoyo de esta posición que hacen más evidente la diferenciación que hay entre nulidad y sanción. En el anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el art. 7º constaba de cuatro incisos. Los dos primeros señalaban los requisitos de actuación válida de los órganos del Estado casi en los mismos términos del texto constitucional finalmente aprobado. Lo llamativo está en los dos últimos incisos, que reproducimos a continuación:

Inc. 3º: "Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

Inc. 4º: "El acto nulo origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale"²⁵.

Pues bien, en este anteproyecto se aprecia claramente que la nulidad es una cosa, y las responsabilidades y sanciones consiguientes, otra distinta²⁶. Por lo

²³ Esto es lógico, pues si la primera consecuencia –la nulidad– es sanción, las que le siguen le complementan (asimismo, demás, conjuntamente, al mismo tiempo). Como en realidad ello no es así, la norma queda con la redacción conocida: "nulidad" y "sanciones", y no "otras" o "demás sanciones".

²⁴ De esta forma se distingue claramente a quién atañe la consecuencia jurídica: en un caso al acto mismo, y en el otro al ente físico o ideal del que emana el acto.

²⁵ Centro de Estudios y Asistencia Legislativa (CEAL), La Constitución chilena, tomo I, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990, p. 44.

²⁶ En efecto, ello fue así desde un principio: "En la primera fase de las discusiones (en julio de 1974) el acuerdo es el de redactar la norma diciendo que todo acto que infrinja [sic] la norma de competencia es nulo, y que las nulidades darán origen, entre quienes cometiesen las infracciones, a responsabilidades y sanciones que se harán efectivas en la forma y modo que la leyes determinen...", Reyes R., Jorge, La nulidad de Derecho Público, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1998, p. 23.

mismo estimamos que el hecho que en el texto definitivo se hayan refundido en un solo inciso en nada altera la naturaleza de las distintas consecuencias señaladas en ellos, las que conservan incólume su sentido: que la nulidad, como resultado de la inidoneidad del acto, y las sanciones y responsabilidades en cuanto consecuencia de la conducta antijurídica del agente, operan en mundos diferentes.

Un segundo argumento o dato histórico: en la "sesión N° 402 (año 1978), pág. 3210, la redacción del precepto en lo que interesa dice: 'Todo acto en contravención a este artículo es nulo, salvo que la ley establezca otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención'. No aparece en las actas mencionadas el porqué de la nueva redacción, ni tampoco la razón de suprimir la parte destacada en el texto vigente"²⁷.

Este antecedente nos sugiere dos comentarios: 1°. Se quiso en algún momento de la elaboración de la Carta Fundamental de 1980 trasplantar la norma del art. 10 del Código Civil al Derecho Público, ello nada menos que repitiendo su tenor en el propio texto de la Constitución. Tal propuesta, como era de esperarse, no prosperó. 2°. Se demuestra, pese al tamaño equívoco que hubiere significado copiar una norma concebida para un ordenamiento particular a otro que descansa sobre presupuestos y principios radicalmente opuestos, que la nulidad nunca ha estado concebida como una sanción, ello sencillamente porque per se no es una sanción, ni la única y necesaria consecuencia frente una contravención del principio de juridicidad²⁸.

4. CONCLUSIONES

En suma, la nulidad de Derecho Público no tiene el carácter de sanción, puesto que ni la Carta Fundamental ni ley alguna han prohibido los actos nulos, declarando que el no cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos por el art. 7° para la validez de los actos estatales constituya de por sí una lesión jurídica merecedora de una sanción. Si no se llega a dictar un acto válido no podría decirse que se ha infringido algún deber.

El hecho de no cumplir con las disposiciones constitucionales y/o legales que regulan la validez de un acto, no acarreará necesaria e indefectiblemente la aplicación de una sanción; sólo significa que aquél no obtendrá reconocimiento

²⁷ Idem. La negrita es nuestra.

²⁸ Si fuera tan claro que la nulidad tiene el carácter de sanción y que toda infracción a la juridicidad debe ser sancionada, la norma hubiese dicho no "otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención", sino "otra sanción que la nulidad para el caso de contravención".

como tal de parte del ordenamiento normativo, y por lo mismo, tampoco producirá las consecuencias o efectos jurídicos prescritos para los actos de su especie, pues el acto irregular carece del status de tal.

Por lo mismo, si los órganos estatales no dan cumplimiento a las exigencias señaladas en los incs. 1º y 2º del art. 7º de la Constitución, es decir, no satisfacen alguna de las condiciones esenciales para el ejercicio de la potestad, no podrán esperar que en definitiva sus actos produzcan los efectos que les son propios, si algún particular, o en su caso ellos mismos, acusan ante los tribunales de justicia la existencia del vicio, dando origen al proceso de anulación²⁹.

²⁹ En relación con la operatividad de la nulidad de Derecho Público, podemos adelantar que será aquel acto que en la sede jurisdiccional o administrativa correspondiente ha sido declarado nulo o inválido en razón de adolecer de alguno de los vicios del art. 7º de la Carta Fundamental, el que no habrá de ser obedecido por carecer de efecto vinculante, pues sólo en este instante, después de un proceso previo legalmente tramitado que ha terminado en una sentencia anulatoria, se producirá su desconocimiento o repudio por parte del Estado, pues sólo es desde este momento en que queda claro que el acto es inidóneo. En otras palabras, tan pronto se declare la nulidad del acto –desde que se sentencia su muerte–, el Estado quitará su respaldo al acto, desconociéndolo y absteniéndose definitivamente de usar su aparato coactivo para darle eficacia.