

LAS LLAMADAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS, UNA PRACTICA INCONSTITUCIONAL

Eduardo Soto Kloss

Profesor de Derecho Administrativo

Suelen aparecer publicados en el Diario Oficial, no muy frecuentemente, es cierto, actos administrativos que pretenden **validar** (esto es hacer válidos) actos, decisiones o medidas dispuestas o emitidas con anterioridad, y dictadas en contravención a Derecho. Más frecuente suelen ser validaciones de actos que no son publicados, si atendemos a la actividad contralora en la materia. Y no es infrecuente, por desgracia, el que existan validaciones hechas por ley respecto de actos contrarios a Derecho emitidos por órganos de la Administración (*).

(*) Actos Administrativos validatorios en el último lustro hemos encontrado en el Diario Oficial dictados con referencia a decisiones o medidas adoptadas con motivo de catástrofes "al margen de las normas legales y reglamentarias vigentes", como v.gr. DS (Interior/Sub Int. N° 750 (6.11.1990), art.3°; (sequía norte chico y región del Aconcagua), N° 513 (21.6.1991) art.3°, (aluvión de Antofagasta); N° 821 (28.8.1991) art.3° (erupción del volcán Hudson/XI Región); N° 1170 (3.8.1993) art.2° (inundaciones en IXa. y Xa. Regiones); N° 1221 (7.8.1993) art.3° (inundaciones en la comuna de Graneros, VIa. Región). Pero no sólo en esas materias encontramos actos convalidatorios; también en materia de cobro de tarifas mal cobradas por un servicio público, como el Servicio Agrícola y Ganadero, en que se declaran bien cobradas tarifas cobradas a usuarios en forma irregular, esto es indebidas: vid. Resol. (SAG/Dirección Nacional) N° 295 (1°.10.1994). Y un ejemplo reciente, referido a dos decretos supremos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social/Sub. Prev. Social, Números 129 y 130, de 1989, en que se incurrió en la omisión de concurrencia del Ministerio de Hacienda, y en que el DS (Trab. y Prev. Social/ Sub. PS) N° 91 (7.1.1995) los declara ajustados a derecho, en circunstancia que fueron dictados sin la concurrencia de uno de los órganos previstos por la ley para su dictación. A alguno de ellos hacíamos ya referencia, años atrás, en Informe Constitucional N° 85, nota en p.5, en que de paso se toca el punto.

Leyes que validan actuaciones administrativas viciadas, esto es nulas, las hay numerosas, y sin tener que remontarnos muy atrás en el tiempo, pueden indicarse la 18.399 art. 6° 18.523 art. 1°, 18.681 art.3°, 18.785 art.13 inc. 2°, 18.959 art.10, 19.025 art.3°, 198.083 art.1° tr., 19.089 art. transitorio, etc. entre otras; son más de 19 las leyes que hemos detectado últimamente, que caen en esta validación y que significa pretender dar valor jurídico a lo que ha contravenido claramente la Constitución.

Sin ser demasiado perspicaz resulta que la respuesta surge nítida e inmediata al leer dicho artículo 7°. Son **integralmente inconstitucionales**, tanto las leyes validatorias como los actos administrativos validatorios. Y la razón es muy simple:

a) La nulidad de derecho público opera de pleno derecho en nuestra constitución, ipso iure; el acto que contraviene el art.7°, sea que haya sido dictado por órgano sin investidura, o sin competencia o violando el procedimiento legal establecido o sin que exista procedimiento legal para actuar, **no es acto jurídico** (ley o acto administrativo), "es nulo", y por tanto ni siquiera ha entrado como tal acto jurídico al ordenamiento; es una mera "vía de hecho", que originará las responsabilidades consecuenciales, a saber del Estado, y la personal del funcionario que lo dictó (civil, penal, y disciplinaria) (*).

b) **Si es nulo, es decir no es acto** -que eso significa nulo (no es)- es imposible jurídicamente, dentro de nuestro ordenamiento constitucional, pretender su validación, o convalidación (usando la traducción del término italiano convalidazione) o ratificación (a la usanza francesa) o saneamiento. Porque no se sana o ratifica la nada; ratificar la nada es sólo reiterar esa nada, ya que se sana lo imperfecto, se purifica lo que es o está manchado, pero no lo que no es, lo que no existe como acto y que deviene puro hecho/vía de hecho; ratificar la nada es insistir en la nada; algo absurdo, jurídicamente inocuo, además de conceptualmente ininteligible (**).

c) Si se analiza con rigor, lo que resulta de la ley o del acto administrativo validatorio de otros anteriores contrarios a la Constitución (y a la ley), no es sino agregar otra nulidad de derecho público más a la anterior; es una nulidad superfactoria, es decir agrega una nulidad sobre otra. Porque ¿de dónde arranca el legislador o el órgano administrativo validantes su potestad validatoria para decir que es conforme a Derecho un acto anterior que la propia y mismísima Constitución haya declarado nulo en su art. 7°?

(*) Ya la Constitución de Cádiz (1812) en su art.173, al regular el juramento del rey ante las Cortes, al asumir el trono, disponía que "sin en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor".

(**) No hace mucho la Corte Suprema reiteraba que la infracción al art.7° de la Constitución (como arrogarse atribuciones judiciales un órgano administrativo/Dirección del Trabajo) impide "legitimar un acto realizado al margen de las leyes" (Comercial e Inmobiliaria Unimarc S.A. c/ Inspección Comunal del Trabajo Santiago-Sur, C.Supr. 5.12.1991, en RDJ t.88 (1991) 2.5, 302307, vid.cons. 9°).

d) Sea el legislador, sea el órgano administrativo en cuestión, ellos también están obligados a someter toda su actividad a la Constitución y normas dictadas en su conformidad (art.6° inc.1°), y no poseen otras potestades que aquellas que **expresamente** se les haya conferido por la Constitución o las leyes dictadas en conformidad a ésta (art.7° inc.2°); si actúan fuera de ella, el acto que emitan es **nulo** (art.7° inc.3°) (*).

Si un órgano administrativo carece de esa potestad validatoria, las validaciones son *nulas de modo flagrante, ostensible y sin viso alguno* de juridicidad; es la incompetencia más brutal. Y la jurisprudencia contralora que aceptare tales validaciones será evidentemente inconstitucional porque estará ella violando, asimismo, la propia Constitución desde que carece de potestades para legislar por una parte, y para legislar más encima violándola de modo patente (**). No se olvide que un dictamen contralor que no tiene asidero en la Constitución es nulo, por muchas potestades interpretativas que el legislador le haya dado para interpretar el Derecho para la Administración (arts.6, 9 y 19 de la Ley 10.336).

(*)No se olvide que ningún órgano estatal tiene otro poder que aquel que le haya sido expresamente conferido por la Constitución o las leyes conformes con aquélla (art.7° inc.2°). De allí que frente a todo acto o actuación de un órgano estatal lo primero que hay que preguntarse para saber su conformidad a Derecho es cuál es el título que le da fundamento jurídico a ese acto o a ese actuar, es decir en qué disposición normativa se apoya y le da sustento y vida. Y ese sustento será o una ley o la propia Constitución, pero aquella ley habrá de ser conforme con ésta para darle vida en el derecho, pues de otro modo carecerá de tal fundamentación, y será nulo el acto y antijurídico ese actuar o conducta. Esta es nuestra tradición jurídica, desde el legendario "se acata pero no se cumple", de origen castellano medieval ("suplicación"), porque el acto ordenado es contrario a Derecho, hasta la moderna formulación que ya trae en ciernes Ramón de Salas en sus Lecciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España/1821; edic. CEC. Madrid. 1982, t.1, 114/lección XVI, en que expresamente dice que "el poder ejecutivo no tiene otras atribuciones ni otros límites que los que el poder legislativo tiene por conveniente fijarle cuando en una asamblea constituyente da al estado una ley fundamental", y que nuestro Reglamento Constitucional Provisorio (27.10.1812) expresaba muy claramente al decir que "las facultades que no le estén expresamente declaradas (al Gobierno) en esta Constitución, quedan reservadas al pueblo soberano" (art. VIII, inc. final).

(**) Ciertamente, no desconocemos que la Contraloría General de la República ha procedido repetidas veces aceptando validaciones de actos administrativos nulos y emitiendo dictámenes en tal sentido; ello demuestra, aceptando validaciones de actos administrativos nulos y emitiendo dictámenes en tal sentido; ello demuestra, sólo, su violación de la Constitución. Véanse, entre otros, v.gr. 55.466/1968, 63.312/1969, 13.592/1971, 32.990/1977, 33.357/1977, 820/1984, 17.790/1990, etc. Curiosamente, la Contraloría General no admite convalidar actos que legalicen actos y contratos y que caen en la jurisdicción del juez de cuentas (vid.v.gr.28.102/1963 y 25.975/1985), no obstante que las circunstancias son las mismas en uno y otro caso, mientras no existe sentencia del referido juez contable. La jurisprudencia judicial, en cambio ha afirmado la inconstitucionalidad de las validaciones (vid.v.gr. entre otros, Fallos del Mes N° 213, p.182 y 317 p.85).

Si tal órgano administrativo hubiere sido atribuido por alguna ley de esa potestad validatoria, resulta que hay una doble violación de la Constitución:

- 1) del legislador y
- 2) del órgano administrativo que aplica esa ley. Del **legislador** por cuanto no puede validamente declarar válido lo que la Constitución haya declarado nulo (art.7°), ni tampoco puede atribuir potestades a un órgano administrativo para que declare válido lo que es de suyo nulo, como son aquellos que haya dictado con anterioridad violando la Constitución, ya que estaría atribuyendo poderes de los que carece el propio legislador, y para nada menos que atribuir la calidad de válido a lo que la Constitución ya declaró nulo. No está, pues, dentro de las atribuciones que la Constitución ha conferido al órgano legislativo permitir que la Constitución sea violada y que luego este legislador directamente, o atribuyendo a otro órgano, v.gr. administrativo o contralor potestades al efecto, declare válidos actos que la han contravenido o sobrepasado. No existen tales poderes y no existiendo, los actos que pretenden validar otros anteriores son nulos, por carecer el órgano que los dictare de competencia para ello. ¿En qué quedaría la vigencia y supremacía de la Constitución si ella misma permitiera ser violada? Tal pretensión convalidatoria, es pues, absurda desde donde se la mire. La convalidación, ratificación o saneamiento, sea presidencial o de otro órgano administrativo, sea legislativa, es igualmente nula (al igual que el acto que se pretende sanear), porque ni unos ni otros poseen atribuciones jurídicas para dejar sin efecto lo que la propia Constitución sancionó con la nulidad. El acto convalidatorio (sea administrativo o legislativo) incurre en una nueva inconstitucionalidad, ya que vuelve a vulnerarse el artículo 7° de la Carta Fundamental. Y es que no hay mayor vicio que el de incompetencia (*).

d) El pretender sobreponerse a la Constitución, sea el legislador, sea el órgano administrativo, hace obviamente, caer en nulidad a ese intento, y es pretender darle el manto de juridicidad a lo que intrínsecamente, según la propia Constitución, es antijurídico. Validar, ratificar, sanear, es el reconocimiento más notorio de haber caído en la inconstitucionalidad, y si bien en el aspecto individual de las personas naturales es siempre laudable reconocer sus errores y enmendarse, en el Derecho y en el Derecho Público tales reconocimientos son impertinentes respecto de los actos antijurídicos, porque si se emitieron en contravención a la Constitución son nulos sin más, y el efecto de la nulidad se produce en el instante mismo de la violación, **ex opere operato**, sin vuelta, efecto que produce toda su energía jurídica y sobre

(*) Como lo afirmaban ya los medievales: "non est maior defectus quam defectus potestatis".

lo que ya no es posible volver. Los romanos, siempre tan sabios en materia de Derecho, y con su proverbial realismo, advertían que "ni los pactos ni las estipulaciones pueden falsear la realidad" (Digesto 50.17.31); y es que no cabe ni por unos ni por otros que lo que no existe, lo nulo, esto es la nada, dé lugar en cuanto acto a un efecto de Derecho. Si dará efectos en Derecho, pero como **hecho**, no en tanto **acto** jurídico (*).

Si se quiere rectificar, hágase, y en hora buena, pero el acto que se dicte producirá sus efectos una vez terminado su procedimiento de elaboración (esto es una vez notificado o publicado, según el régimen general) y con efectos hacia el futuro, porque respecto del acto viciado, nulo, no habrá poder jurídico válido alguno que lo torne conforme a Derecho, desde que no existe como tal acto, pues no nació, nunca, como tal, en el ordenamiento jurídico: lo que se produjo no fue sino un mero hecho, es decir una "vía de hecho".

Y no es baladí o circunstancial que así sea en nuestro Derecho Público, porque el sistema ideado por la Constitución es el instrumento preciso y eficaz para asegurar su **supremacía**, única manera que el Estado y sus órganos respeten los derechos de las personas, a cuyo servicio están, por expreso y clarísimo imperativo constitucional.

(*) Respecto de la nulidad e un proyecto de ley -declarada por el T.C.- en razón de haber omitido un trámite dentro del procedimiento de elaboración de las leyes (Rol 132, de 9.9.1911), *resultan muy provechosas las precisiones que hacen los senadores Diez, Guzmán, Fernández, Alessandri y Thayer en la Sesión 32 extraordinaria de la 321 Legislatura, del Senado, 10.1.91 (El Mercurio 17.1.1991 p. C-6) acerca de lo que significa la nulidad de derecho público y la improcedencia de la validación o saneamiento en nuestra Constitución.*

Muy certeramente dice el Senador Diez Urzúa (Prof. de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile), (cit.col.2) que "cada trámite constitucional (en el procedimiento de elaboración de la ley) debe evacuarse cumpliendo rigurosamente las formalidades y requisitos, sin que los vicios en que ha incurrido la Cámara Baja pueden ser saneados por el Senado en los trámites constitucionales posteriores"; hacerlo mediante v.gr.indicaciones equivale a subsanar de manera retroactiva y al margen de la Constitución un acto que desde su inicio es nulo y sin valor alguno". El senador Guzmán (que fuera igualmente Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Univ. Católica de Chile) añadirá (col.3 in fine) que pretender sanear vicios en la elaboración de un proyecto de ley a través de indicaciones es ir contra la buena fe, requisito esencial de todo acto de una autoridad pública, incurriendo en "desviación de poder o fraude a la ley". El senador Fernández (que fuera también Contralor General de la República) señala que "permitir sanear actos nulos o ratificar los realizados por autoridades carentes de competencia vulneraría el sistema constitucional y administrativo" (cit.col.4); y el senador Alessandri Besa es muy claro y directo al respecto: "un precepto de un proyecto de ley declarado nulo no puede revivirse de ninguna manera", siendo tal tentativa "un resquicio legal" (cit.col 5 supra).

Las validaciones referidas sólo demuestran, por una parte, el desconocimiento del Derecho Público chileno (porque ésta las rechaza y proscribe) y, por la otra, el poco aprecio por el respeto de la Constitución del que hacen gala los órganos legislativos al dictar este tipo de disposiciones, los administrativos al emitir decretos o resoluciones validatorias, y los contralores, al crear una jurisprudencia claramente **contra constitutionem**.

Si realmente hubiese respeto y sujeción a la Constitución y al Derecho ellas jamás deberían existir; pero puesto que sí existe la posibilidad de vulnerarlos, la Carta Fundamental las proscribe, por cuanto son enteramente incompatibles y contrarias a las disposiciones fundamentales que son bases de la institucionalidad chilena.

EJEMPLOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS CONVALIDATORIOS.

1.- Ministerio del Interior Subsecretaría del Interior.

SEÑALA COMO AFECTADAS POR LA CATASTROFE COMUNAS QUE INDICA DE LAS REGIONES QUE SEÑALA. DETERMINA TRAMITE EXTRAORDINARIO DE URGENCIA.

Santiago, 29 de Octubre de 1990.-
Hoy se decretó lo que sigue:

Número 750.- **Visto:** Lo dispuesto en el artículo 32, N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile, en el artículo 6° de la Ley N° 18.715, en el Decreto Supremo N° 104, de 28 de Enero de 1977, de Interior, que fijó el texto refundido coordinado y sistematizado del Título 1 de la Ley N° 16.282, y lo previsto por el artículo 10 de la Ley N° 10.330, Orgánica de la Contraloría General de la República y

Considerando:

Que la prolongada sequía que ha afectado al país se ha manifestado con especial intensidad en algunas comunas de las IIIa., IVa. y Va. Regiones, de Atacama, de Coquimbo y de Valparaíso, respectivamente:

Que tal fenómeno climático ha ocasionado graves y grandes perjuicios a la agricultura, a la ganadería a la minería, a la disponibilidad de alimentos y de agua para la bebida y el riego, y en general, a las actividades que desarrollan los habi-

tantes de dicha zona, revistiendo el carácter de catástrofe, lo que determina la necesidad de que en forma inmediata los organismos competentes acudan a asistir a los damnificados disponiendo medidas de excepción, así como ratificando las ya adoptadas, a fin de paliar dichos efectos y evitar mayores perjuicios económicos y sociales a los que ya afectan a su población:

Que es necesario sancionar administrativamente las medidas que sea procedente disponer para la debida materialización de la consideración anterior,

Decreto:

Artículo Primero: Señálase como afectadas por la catástrofe derivada de la promulgada sequía que ha afectado al país, manifestada con mayor intensidad a partir desde el 1° de Octubre de 1990, las comunas de Vallenar y Alto del Carmen de la Provincia de Huasco, de la IIIa. Región de Atacama; las comunas de Ovalle, Río Hurtado, Monte Patria, Combarbalá y Punitaqui de la Provincia de Limarí; las comunas de Illapel, Salamanca, Los Vilos y Canela de la Provincia de Choapa, y la comuna de La Higuera de la Provincia de Elqui de la IVa. Región de Coquimbo; las comunas de La Ligua, Petoren, Cabildo y Zapallar de la Provincia de Petorca y la comuna de Puchuncaví de la Provincia de Valparaíso de la Va. Región del mismo nombre.

Artículo Segundo: El Presidente de la República podrá disponer la aplicación de las disposiciones del Título 1 de la Ley N° 18.282, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto Supremo N° 104, de 28 de Enero de 1977, del Ministerio del Interior, mediante la dictación de los Decretos Supremos que fueran procedentes.

Artículo Tercero: Ratifícase todas las medidas que con motivo de la referida catástrofe hubieran podido adoptar, al margen de las normas legales y reglamentarias vigentes, las autoridades administrativas de las Regiones, Provincias y Comunas afectadas y que hayan requerido norma de excepción.

Artículo Cuarto: Determinase que *el presente Decreto tendrá trámite extraordinario de urgencia* atendida la inmediata necesidad de disponer las medidas que sean necesarias para acudir en auxilio de las personas damnificadas.

Anótese, tómesese razón y publíquese. PATRICIO AYLWIN AZOCAR, Presidente de la República. Enrique Krauss Rusque, Ministro del Interior. Alejandro Foxley Rioseco, Ministro de Hacienda. Carlos Ominami Pascual, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. Juan Agustín Figueroa Yávar, Ministro de Agricultura. Carlos Hurtado Ruiz Tagle, Ministro de Obras Públicas. Juan Hamilton Depassier, Ministro de Minería.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento. Saluda a Ud. Belisario Velasco Barahona, Subsecretario del Interior.

Diario Oficial del 6 de Noviembre, 1990.

**2.- Ministerio de Agricultura.
Servicio Agrícola y Ganadero.
Dirección Nacional.**

MODIFICA RESOLUCIONN° 105, DE 1994.
(Resolución).

Número 295. Santiago, 24 de Agosto de 1994. **Vistos:** El Ord. N° 309, de 16 de febrero de 1994, del Jefe del Depto. Jurídico del Servicio Agrícola y Ganadero, la Hoja de Envío N° 46 de 4 de Marzo de 1994 y 240 de 8 de agosto de 1994, del Jefe del Departamento de Administración y Finanzas, el Ord. N° 427 del 10 de marzo de 1994, del Jefe del Departamento Jurídico del Servicio, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 17.286, lo señalado en los artículos 1, 2, 3, 6 y 7 letras (d), (f), (ñ), (o) de la Ley N° 18.755, modificada por la Ley N° 19.283, lo indicado en la Resolución N° 105, del 21 de septiembre de 1984, del Director Ejecutivo del Servicio Agrícola y Ganadero y la última resolución modificatoria del mismo origen, N° 398 del 22 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial del 1° de febrero de 1994, lo establecido en el Decreto Supremo N° 61 del 7 de mayo de 1991, del Ministerio de Agricultura; lo previsto en la Resolución N° 55 del 24 de enero de 1992 de la Contraloría General de la República, modificadas por las resoluciones del mismo

origen N° 456 de 25 de septiembre de 1992 y 528, de 15 de diciembre de 1993; la facultad que invisto como Director Nacional de la Institución, y

Considerando: La necesidad de aplicar en debida forma las modificaciones señaladas en la resolución N° 398, de 22 de diciembre de 1993, publicada en el *Diario Oficial* de 1° de febrero de 1994.

Resuelvo:

1.- Modifícase la Resolución N° 105, de 21 de Septiembre de 1984, en el sentido de dejar establecido que las modificaciones introducidas por la Resolución N° 398, de 22 de diciembre de 1993, a su artículo 2°, regirán a contar del 1° de diciembre de 1994.

2.- Ratifícase y declárase bien efectuado el cobro de tarifas a usuarios aplicado por la Dirección Regional de la Región Metropolitana o por cualquier otra Dirección Regional del Servicio, de acuerdo al texto de la Resolución N° 398 de 22 de diciembre de 1993, esto es, entre el 1° de febrero de 1994, fecha de su publicación en el *Diario Oficial*, y la fecha de publicación de la presente resolución.

Anótese, tómese razón y publíquese. Leopoldo Sánchez Grunett, Director Nacional.

Diario Oficial 1° de Octubre de 1994, primer cuerpo, página N° 3.

3.- Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Subsecretaría de Previsión Social.

DECLARA AJUSTADOS A DERECHO DECRETOS QUE SE INDICAN.

Número 91. Santiago, 30 de Junio de 1994. Vistos:

1) La facultad que me confiere el artículo 7° de la ley N° 18.689, modificado por el artículo 39 de la ley N° 18.768.

2) Lo dispuesto por los decretos supremos números 129 y 130, ambos de 1989, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Previsión Social, publicados en el *Diario Oficial* de fecha 6 de Febrero de 1990, que fusionaron en el Instituto de Normalización Previsional la Sección Especial de Previsión para los Empleados de la Compañía de Cervecerías Unidas y la Caja de Previsión *Gildemeister*, respectivamente;

3) La omisión de la concurrencia del Ministerio de Hacienda;

4) Lo informado por la Superintendencia de Seguridad Social y,

5) Lo establecido en el artículo 32 N° 8 de la Constitución Política de la República.

Decreto:

Decláranse ajustados a derecho los decretos supremos números 129 y 130, ambos de 1989, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Previsión Social.

Tómese razón, comuníquese y publíquese. EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE, Presidente de la República. Jorge Arrate MacNiven, Ministro del Trabajo y Previsión Social. Eduardo Aninat Ureta, Ministro de Hacienda.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.

Saluda a Ud. Patricio Tombolini Véliz, Subsecretario de Previsión Social.

Diario Oficial del 7 de Enero de 1995, página N° 2.