

## INSUFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

*Failure of the Supremacy of the Constitution principle in  
the review of the lawfulness of administrative decisions*

Luis Alejandro Silva Irrázaval\*

### RESUMEN

El artículo aborda las dificultades que supone el control de constitucionalidad de los actos administrativos, cuando existe una ley que los habilita. Las dificultades –teóricas y prácticas– estriban en el conflicto que el control de dichos actos plantea entre la Constitución y la ley, cuestión que en el fondo remite al problema de la garantía de la supremacía constitucional. En base al análisis de la jurisprudencia recaída en determinados mecanismos de control jurídico de los actos administrativos, intentamos describir la efectiva operatividad del principio de la supremacía de la Constitución el cual, a nuestro juicio, es puesto en entredicho por el pertinaz apego a la ley que manifiestan los jueces.

### PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad; actos administrativos; supremacía constitucional.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Abogado, Alumno del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. [lsilva@uandes.cl](mailto:lsilva@uandes.cl)  
Artículo recibido el 29 de marzo de 2007 y aprobado el 18 de abril de 2007.

## ABSTRACT

The work tackles the difficulties enclosed in the review of the lawfulness of administrative decisions supported by primary legislation. The practical and theoretical difficulties lie on the conflict that such measures raise between the Constitution and the statute, but the core of the matter is the constitutional supremacy guarantee. Based on the analysis of the judgments, about some administrative decisions legal control mechanism, we try to describe the effectiveness of the Constitution supremacy which is, in our opinion, doubted by the judge strict compliance to statute.

## KEY WORDS

Lawfulness review; administrative decisions; constitutional supremacy.

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de supremacía constitucional, asentado ya en la doctrina, presenta aún serias insuficiencias a nivel práctico. Esta ponencia indaga en una de las formas en que dicha insuficiencia se manifiesta, y que consiste en el desplazamiento de la Constitución por la ley como parámetro último de la juridicidad del acto administrativo.

El problema puede esbozarse sucintamente diciendo que, bajo determinados supuestos, los órganos competentes para controlar la juridicidad de los actos administrativos aplican la ley pretiriendo la Constitución. En Francia la cuestión se planteó hace tiempo (CE, Sect., 6 de noviembre de 1936, *Arrighi*), y las soluciones que allí se han practicado no satisfacen nuestra concepción de la supremacía constitucional.<sup>1</sup> En España el tema se presenta en términos menos dramáticos que en su vecino país, pero las soluciones que se ofrecen son también menos nítidas. En Chile, sólo unos pocos se han referido a las dificultades teóricas y prácticas que el control de constitucionalidad de los actos administrativos supone para el principio de la supremacía constitucional.

La hipótesis fundamental de este trabajo es que cada vez que la declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo supone indirectamente la declaración de inconstitucionalidad de la ley que habilita dicho acto, el órgano de control omite la aplicación de la Constitución prefiriendo la ley.

---

<sup>1</sup> Sí lo hacen a nivel teórico Favoreu, Louis y Renoux, Thierry, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, Paris, 1992.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La eficacia jurídica del principio de supremacía constitucional está condicionada en última instancia a la aplicación que los órganos jurisdiccionales hagan de la Constitución como norma de Derecho. Dicho de otro modo, la supremacía de la Constitución se manifiesta en su directa aplicabilidad como norma *decisoria litis*.

La aplicación de la Constitución en la decisión de conflictos en que se debate si la actuación jurídica de la Administración se ajusta a Derecho es una operación compleja, porque exige al juez conjugar la directa aplicabilidad de la Constitución con la aplicación de las restantes normas infraconstitucionales válidas. El control jurídico de la actividad de la Administración supone para el juez confrontar dicha actividad con las normas que la amparan, para juzgar si efectivamente se trata de una actuación conforme a Derecho. En la selección de las normas que le servirán para el enjuiciamiento no puede el juez descartar las superiores, so pretexto que se encuentran desarrolladas por las inferiores, porque el criterio según el cual la norma especial prefiere a la general procede entre normas de igual rango.

Al aplicar el Derecho en un juicio, el juez interpreta las normas inferiores de modo que no contradigan a las superiores, en un proceso “ascendente” que no se agota en la comprobación de la adecuación de la norma con aquella inmediatamente superior, sino que culmina siempre en la Constitución. La Constitución es por sí misma parámetro de control de la actividad de la Administración. En general, la interpretación es adecuada a las normas de los distintos niveles, pero hay casos en que no. Esta probabilidad no ofrece dificultad cuando implica una contradicción entre el Reglamento y la ley, porque el ejercicio de las potestades públicas tiene su fundamento en la ley (artículo 7° inciso 2° de la Constitución). En cambio sí ofrece dificultad cuando implica una contradicción entre la ley y la Constitución, es decir, cuando el juicio de un acto de la Administración es antitético según se aplique la ley o la Constitución. Esto último ocurre cuando el acto administrativo es conforme a la ley, pero inconstitucional. Este conflicto entre ley y Constitución con ocasión del juzgamiento de la actividad de la Administración se resuelve de maneras diferentes en nuestro Derecho, a las que subyacen diferentes concepciones de la supremacía constitucional y que queda consignada en la jurisprudencia de los órganos que ejercen control. Pero en el fondo la cuestión es siempre la misma: el juicio de constitucionalidad del acto administrativo supone indirectamente un juicio de constitucionalidad de la ley que lo habilita, atribución ésta cuya competencia y consecuencias no están claras en nuestro ordenamiento.

Como veremos más adelante, el control de constitucionalidad de los actos administrativos legales no opera eficazmente, porque en muchos casos la ley desplaza a la Constitución como parámetro último de juridicidad. Se detecta así una insuficiencia del principio de supremacía constitucional.

### III. ANTECEDENTES DEL DERECHO COMPARADO

#### 1. Francia

En Francia nació la jurisprudencia que se niega a declarar inconstitucional un acto administrativo cuando dicha declaración supone un juicio de constitucionalidad de la ley que habilita el acto. Es un tópico del Derecho Administrativo francés señalar que entre las fuentes del Derecho que obliga a la Administración está la Constitución, y que el juez puede anular las actuaciones contrarias a ella siempre y cuando no se interponga una ley que haga de pantalla entre el acto y la Constitución. Dicho de otra manera, la Constitución integra el principio de legalidad, pero llegado el caso se pospone su aplicación en favor de una ley contraria a ella.<sup>2</sup>

“Los actos administrativos dictados en aplicación de una ley y conforme a sus disposiciones están cubiertos por la autoridad del legislador. Aun si ellos son contrarios a una norma constitucional en razón de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas que aplica, no pueden ser censurados por el juez: la ley hace pantalla entre la regla constitucional y el juez.”<sup>3</sup> El argumento para anular un acto administrativo porque infringe un principio constitucional es inoperante en tribunales si dicho acto hace correcta aplicación de la ley (C.E., 28 de enero de 1972, *Conseil transitoire de la Faculté de lettres de Paris*). Lo mismo ocurre si se trata de una norma constitucional, porque las normas legales “se imponen a las jurisdicciones del orden judicial, que no pueden juzgar su constitucionalidad” (Cour de Cassation, 26 de febrero de 1974, *Schiavon*).

En palabras de GOHIN, “sostener que un reglamento conforme a una ley es contrario a la Constitución deviene, por transitividad, en sostener implícitamente mas necesariamente, que la misma ley es contraria a la Constitución. Para el juez, un motivo así es inoperante en la medida que su examen lo conduce a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley que hace de pantalla entre el reglamento y la Constitución, y que impide en consecuencia la exposición del reglamento a la Constitución”.<sup>4</sup> RIVERO y WALINE exigen que el acto admi-

<sup>2</sup> Weil, Prosper, y Pouyaud, Dominique, *Le droit administratif*, P.U.F., reimpresión de la 20ª edición, París, 2004, p. 84; Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José y Chrétien, Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin y Dalloz, París, 2004, pp. 92-93; Le Berre, Hugues, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, L.G.D.J., París, 1999, p. 221; Rivero, Jean, y Waline, Jean, *Droit administratif*, 19ª ed., Dalloz, París, 2002, p. 43; Chapus, René, *Droit administratif général*, Montchrestien, T. 1, 15ª ed., París, 2001, N<sup>os</sup> 50 y 51; Gohin, Olivier, “Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi”, *RFDA*, 16 (6) nov-déc., 2000, pp. 1175-1188, pp. 1176 a 1178.

<sup>3</sup> Dupuis *et al.*, p. 133. La traducción es mía.

<sup>4</sup> Gohin, p. 1177. La traducción es mía.

nistrativo viole “directamente y por sí mismo” la Constitución para que el juez administrativo pueda sancionar la inconstitucionalidad.<sup>5</sup>

Una técnica que se ha desarrollado para eludir los efectos de la teoría de la Ley Pantalla, es la “pantalla transparente”, que FAVOREU define como aquella “según la cual, cuando las disposiciones de la ley que hace de pantalla entre el acto administrativo y la Constitución son suficientemente generales y poseen el carácter de disposiciones-marco, pueden ser consideradas como ‘transparentes’ y no obstaculizan el control del juez administrativo”.<sup>6</sup> La primera sentencia que consagra esta técnica es *Quintin* (CE, 17 de mayo de 1991).

El *Conseil d’Etat*, aplicando la teoría de la ley pantalla, decidió que para anular un acto administrativo no puede invocarse el motivo de que desconoce un tratado internacional cuando precisamente ese acto es conforme con la ley nueva o posterior, que hace de pantalla entre la ley y el tratado. Se trata de la sentencia *Syndicat générale des fabricants de semoules de France* (CE, Sect., 1 de marzo de 1968), en que aplicó la teoría de la ley pantalla para evitar pronunciarse acerca de la compatibilidad de una ley interna posterior con el Derecho Comunitario europeo. La situación del juez no es fácil. Por una parte el artículo 55 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (*Costa*, 15 de julio de 1964) le exigen la aplicación del Derecho Comunitario y, por otra parte, el respeto del principio de separación de poderes le exige omitir cualquier declaración acerca de la validez de la ley. Dice NÉGRIER que es innegable que el control de validez de los tratados está ligado al de constitucionalidad de la ley: “Negar esto equivale a decir que al censurar la no-observancia de la Constitución por parte del legislador, el *Conseil d’Etat* no está haciendo de facto un control de constitucionalidad”.<sup>7</sup>

El *Conseil d’Etat* no varió su postura hasta la sentencia *Nicolo* (CE, Ass., 20 de octubre de 1989), pero esta jurisprudencia no se extiende al control de constitucionalidad de los actos administrativos. La doctrina y la jurisprudencia están con STIRN cuando afirma: “El caso de contradicción con un tratado es el único en que el juez administrativo puede descartar la aplicación de una ley. En todos los otros casos, la ley se impone tanto a la administración como al juez, sin que se pueda distinguir según si fue adoptada por el Parlamento o por referéndum, o según si se trata de una ley orgánica u ordinaria. (...) Un control de esta especie depende hoy sólo del *Conseil Constitutionnel*, que lo ejercita según las condiciones fijadas por la Constitución”.<sup>8</sup> En consecuencia, resulta que el juez puede anular una ley

---

<sup>5</sup> Rivero y Waline, p. 43.

<sup>6</sup> Favoreu y Renoux, p. 25, §44.

<sup>7</sup> Négrier, Emmanuel, “Le crépuscule d’une théorie jurisprudentielle: l’écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel”, *RDP*, 1990, pp. 767-799, p. 790.

<sup>8</sup> Stirn, Bernard, *Le Conseil d’Etat. Son rôle, sa jurisprudence*. Hachette, 2ª ed., París, 1994, p. 86. La traducción es mía.

contraria a un tratado internacional, pero no puede hacerlo respecto de una ley contraria a la Constitución, aun cuando ésta es una norma jerárquicamente superior a los tratados internacionales (Cfr. *Sarran*, CE, Ass., 30 de octubre de 1998).

## 2. España

En España existen mecanismos procesales precisos para impugnar las actuaciones antijurídicas de la Administración, aunque no está resuelta la competencia del juez que debe pronunciarse sobre un acto administrativo inconstitucional por razón de la ley que lo habilita. En esta materia, es fundamental el artículo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que dice: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”.

Existe unanimidad respecto de la competencia de los tribunales ordinarios y contencioso administrativos para juzgar la constitucionalidad de los actos administrativos, e inaplicarlos o anularlos si resultan ser contrarios a la Constitución. Las diferencias aparecen cuando se trata de actos dictados en ejecución directa o indirecta de una ley, puesto que el examen de constitucionalidad del acto supone indirectamente el examen de constitucionalidad de la ley que lo habilita. Dice ENTRENA que la infracción de la Constitución por parte de la Administración constituye una actuación ilegal que “sólo podrá ser alegada ante los Tribunales y declarada por éstos si la conducta administrativa se apoya directamente en la Constitución. En cambio, si se ajusta a una ley que desarrolla defectuosamente o incumple los principios consignados, los Tribunales no podrán anular el acto en que la actuación administrativa ilegal se concrete, sino que deberán limitarse a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional”.<sup>9</sup> El mismo planteamiento se deduce de la argumentación de SANTAMARÍA, cuando afirma que el control de constitucionalidad no plantea, “en principio, problema específico alguno cuando el acto o norma enjuiciados son de rango inferior a la ley (si los mismos son opuestos a las leyes o a la Constitución, el órgano judicial o administrativo ante el que se tramita el procedimiento deberá inaplicarlos o anularlos). El problema surge cuando es la ley la que entra en conflicto con la Constitución: en tal caso, si se operase del mismo modo se pondría en cuestión el principio de división de poderes”.<sup>10</sup> GONZÁLEZ opina lo contrario: los tribunales distintos del Tribunal Constitucional tienen competencia para “inaplicar, sin más, los reglamentos que reputen inconstitucionales, sin que tengan para ello que plantear cuestión de inconstitucionalidad”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Entrena, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, volumen I/1, Tecnos, 13ª edición, Madrid, 1999, p. 87.

<sup>10</sup> Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, volumen 1, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª edición, Madrid, 2002, p. 214.

<sup>11</sup> González, Francisco, *Derecho administrativo español*, 2ª edición, 1ª reimpresión, 3 tomos, Pamplona, Eunsa, 1995, p. 984.

Quien a mi juicio mejor ha tratado el conflicto entre la ley y la Constitución con ocasión del control de constitucionalidad de los actos administrativos es Francisco CAAMAÑO.<sup>12</sup> Advierte cómo el ordenamiento español “se olvida de resolver el alcance de la autonomía decisonal del juez ordinario en su juicio de constitucionalidad sobre disposiciones infralegales. ¿Debe realizar siempre un juicio previo de legalidad, y en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o, contrariamente, puede desconocer el parámetro interpuesto de la ley y decidir independientemente sobre la inconstitucionalidad del reglamento?”.<sup>13</sup>

CAAMAÑO busca una interpretación del artículo 6° LOPJ que no amenace la posición que la ley ocupa en el ordenamiento jurídico, cosa que acontece si se entiende lisa y llanamente que el juez puede “saltársela” so pretexto de la inconstitucionalidad de una disposición reglamentaria. La solución que plantea no constituye una excepción al principio de supremacía constitucional, porque la relación entre el Reglamento y la Constitución no se explica por el principio de jerarquía normativa sino por el principio de prevalencia.<sup>14</sup> En el control de las disposiciones reglamentarias el juez no puede inaplicarlas por inconstitucionalidad sin antes efectuar un juicio de legalidad de las mismas, porque debe respetar el principio de jerarquía que define las relaciones entre el reglamento y la ley. Si, a su juicio, la ley es inconstitucional, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. De no hacerlo así, estaría arrogándose una competencia que no tiene cual es inaplicar la ley inconstitucional, a menos que ésta fuera preconstitucional.<sup>15</sup>

#### IV. LA SITUACIÓN EN CHILE

##### 1. Esbozos doctrinales

Fuera de unos pocos autores, no es mucho lo que se ha dicho en Chile acerca del eventual conflicto que puede presentarse entre la ley y la Constitución con ocasión del control de constitucionalidad de los actos administrativos, y de cómo puede resolverse. Algunas referencias aisladas a la teoría de la Ley Pantalla hemos encontrado, pero expuestas en términos contradictorios. En un artículo de 1996 CEA afirma que “la Doctrina de la Ley Pantalla, [fue] enunciada por juristas franceses con el propósito de obligar a que los órganos de control administrativo

---

<sup>12</sup> Caamaño, Francisco, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

<sup>13</sup> Caamaño, p. 89.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 118.

se atengan, en el desempeño de su misión, antes que nada a la supremacía sustantiva de la Constitución, descendiendo después al examen de la legalidad en su sentido estricto”.<sup>16</sup> Al contrario, BARRA entiende por ella la modalidad de control de los actos administrativos que postula que si éstos se ajustan a un precepto legal no corresponde su examen en relación con las normas constitucionales, ya que basta con la existencia de la ley para estimarlo válidamente emitido, aun cuando la norma legal transgreda el orden constitucional. Así, la ley se transforma en intermediaria inevitable entre la Constitución y la realización de los derechos propugnados en ella.<sup>17</sup>

Aunque sin mencionar la Teoría, CALDERA se refiere a la posibilidad de conflicto entre la Constitución y la ley con ocasión del control de juridicidad de un acto de la Administración. Apoyándose en el principio de jerarquía normativa, sostiene que una norma jurídica legal porque se ajusta plenamente a la ley (v. gr. un reglamento de ejecución), es inconstitucional, y por lo tanto nula, si la ley es contraria a la Constitución. Lo mismo ocurre con los actos administrativos dictados en aplicación del reglamento, aunque se ajusten plenamente a sus disposiciones, porque la inconstitucionalidad se transmite.<sup>18</sup> AYLWIN, en cambio, no se plantea la posibilidad de un decreto legal, pero inconstitucional.<sup>19</sup>

CAZOR se plantea la situación de un acto administrativo conforme a una ley disconforme con la Constitución: “¿cómo es posible enfrentar la cuestión de un acto administrativo que, con independencia de que la norma legal que lo habilite sea constitucional o no, vulnere directa o inmediatamente preceptos o prin-

<sup>16</sup> Cea, José Luis, “Utilización por la administración pública del derecho privado”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 1996 (N° 60), pp. 71-84, p. 79. Nos cuesta conciliar esta concepción de la Teoría con la siguiente del mismo autor: “la **Teoría de la Ley Pantalla**, [alude] a la invocación de la norma legal como **intermediaria inevitable** entre la Constitución y la realización de los derechos propugnados en ella, de modo que sin ley previa tampoco puedan cobrar vigencia tales atributos inalienables del ser humano.” Cea, José Luis, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 1999, p. 181. Negritas en el original.

<sup>17</sup> Barra, Nancy, ***Probidad administrativa. Aproximación a la ley N°19.653 y a la jurisprudencia administrativa***, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 8-9. Como puede apreciarse, la autora se basa en la concepción expuesta por Cea en *Sistema Constitucional*.

<sup>18</sup> Caldera, Hugo, *Tratado de derecho administrativo*, (dos tomos), Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001, p. 72 del T. I y p. 434 del T. II; Caldera, Hugo, “Los tribunales ordinarios de justicia y el control de constitucionalidad del acto administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 1986 (N°s 39-40), pp. 191-208, p. 192.

<sup>19</sup> Aylwin, Patricio y Azócar, Eduardo, *Manual de derecho administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996, pp. 117-118. Dice que un decreto ilegal no obliga a los particulares, en virtud del principio de legalidad y de supremacía constitucional, p. 97. Pero, ¿qué pasa con un decreto que hace correcta aplicación de una ley inconstitucional?: ¿cómo se resuelve el aparente conflicto entre los principios de legalidad y constitucionalidad?

principios constitucionales (...)?”<sup>20</sup> No se discute que la Administración debe someterse en su actuar a la ley y a la Constitución. El problema se suscita cuando el órgano de control debe elegir entre la ley o la Constitución. SOTO KLOSS, aunque no aborda expresamente el eventual conflicto entre Constitución y ley, lo resuelve aplicando directamente la Constitución cuando el acto administrativo contraviene los requisitos de validez de los incisos 1° y 2° del artículo 7°.<sup>21</sup>

## 2. Antecedentes orgánicos

La actividad de la Administración debe ajustarse al Derecho y existen órganos ajenos a la estructura de la administración estatal que ejercen el control de juridicidad (o legalidad, en sentido lato) de sus actos. Estos órganos son la Contraloría General de la República, los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional. La Contraloría tiene el deber de controlar la legalidad y constitucionalidad de los actos de la Administración (artículos 98 y 99 inciso 3° de la Constitución); los Tribunales de Justicia tienen el deber de conocer las actuaciones de la Administración que resulten lesivas para los ciudadanos (artículo 38 inciso 2° de la Constitución), resolver las acciones y recursos constitucionales y, en todo caso, velar por el respeto del principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución); el Tribunal Constitucional tiene el deber de velar por la constitucionalidad de una serie de actos de la Administración (artículo 93 N°s 4, 5, 9 y 16).

A través de mecanismos diversos en su funcionalidad y en su naturaleza, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y los Tribunales de Justicia controlan la constitucionalidad de los actos administrativos. En el cumplimiento de esta tarea han desarrollado jurisprudencias paralelas que ponen de manifiesto una particular concepción de la supremacía constitucional. Por último, las distintas esferas de competencias y el grado que cada una de ellas alcanza en el control de constitucionalidad plantean peculiares problemas.

### a) *Tribunal Constitucional*

En virtud del antiguo artículo 82 N° 5 de la Constitución, que hasta la reforma de 2005 facultaba al Tribunal Constitucional para resolver los reclamos en

---

<sup>20</sup> Cazor, Kamel, *La sumisión a derechos de los actos y disposiciones del Presidente de la República. La potestad jurídica presidencial y el sistema de control aplicable como garantía del estado constitucional*, T. II, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2002, p. 219.

<sup>21</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 183, y su artículo “Ley y reglamento: sus relaciones en el derecho chileno”, en *Ius Publicum*, N° 3 (1999), pp. 33-47. Véase también su comentario al caso Colonia Dignidad, donde pone de manifiesto el yerro de la jurisprudencia en el resguardo de la supremacía constitucional, cuando se impugna un acto administrativo “legal”, pero inconstitucional. Soto Kloss, Eduardo, *RDI*, tomo XCI, 1994, N° 2 mayo-agosto, sección V, pp. 121-127.

caso de que el Presidente de la República dictara un decreto inconstitucional, se desarrolló una jurisprudencia irregular a propósito de aquellos casos que implicaban un examen de constitucionalidad de la ley habilitante. Así lo hace ver ARÓSTICA,<sup>22</sup> refiriéndose a una primera etapa marcada por el fallo de Colonia Dignidad (rol N° 124), que experimentó un cambio con las sentencias rol N°s 153 y 245, para volver a la primera etapa con los fallos rol N°s 253, 254 y 282.

En el caso *Colonia Dignidad* el Tribunal Constitucional supedita su competencia para juzgar la inconstitucionalidad del DS N° 143/91 a la existencia de disposiciones legales que regulen la materia (considerando 6°). Como la materia se encuentra regulada por el Título XXXIII del Código Civil, y el Tribunal carece de competencia para verificar la constitucionalidad de esta clase de leyes (considerando 9°), no puede pronunciarse sobre el Decreto, porque ello supondría un pronunciamiento sobre la ley. Esta renuncia que el Tribunal Constitucional hace de su competencia para controlar los decretos inconstitucionales queda reforzada por el considerando 20°, que subordina la aplicación de la Constitución (en el caso, el artículo 19 N° 3 inciso 5°) respecto de los actos administrativos a la legislación que la desarrolle. Es decir, la inexistencia de la ley hace a la Constitución inoperante para controlar los actos administrativos.

La sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 253 es especialmente importante, y se centra en la relación ley-reglamento en el Derecho chileno. De acuerdo con esta sentencia: a) cuando el reglamento es fiel a la ley, el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre su constitucionalidad, porque hacerlo implicaría indirecta pero necesariamente pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley; b) cuando el reglamento se aparte de la ley, entonces el Tribunal Constitucional puede controlar. Se aparta no sólo cuando está en oposición con el texto legal, sino “cuando su contenido desborde el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución”; c) “en toda remisión legislativa a la norma reglamentaria está implícita la obligación de que el decreto no vulnere los preceptos de la Constitución ya que no resulta *técnicamente razonable* aceptar que el legislador haya encomendado a la Administración dictar normas que pugnen con la Constitución. (...) Se estima, por tanto, que esta nueva argumentación del Tribunal Constitucional obedecería principalmente a su intención de delimitar el alcance del concepto ‘decreto inconstitucional’ y de evitar que por ese amplio camino se permitiera también extender su verificación a las normas legislativas”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Aróstica, Iván, “La Constitución en riesgo (sobre la ‘inconstitucionalidad indirecta’ de los actos de la Administración)”, *Ius Publicum*, N° 3 (1999), pp. 57-72.

<sup>23</sup> Cazor, pp. 142-148. Contrasta este criterio del Tribunal Constitucional con el defendido siete años antes, en el fallo rol N° 116, del 27 de diciembre de 1990. Allí definió que el alcance de la atribución del N° 5 del artículo 82 era “para pronunciarse sin limitaciones” sobre los reclamos que se sometían a su decisión (considerando 2°). Puede verse el comentario al criterio de la razonabi-

En un trabajo reciente, CAZOR plantea las siguientes preguntas acerca del alcance del artículo 93 N° 16 de la Constitución: “¿en el examen de un decreto de ejecución –que involucre sobre todo el estudio de la relación ley-reglamento–, existiría la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice una verificación en torno a la constitucionalidad de la ley habilitante implicada? En otras palabras, ¿es posible dicha verificación si el análisis de constitucionalidad de la ley sea gravitante para concatenar un control armónico y efectivo de la norma infralegal? ¿Qué acontecería si el decreto de ejecución tiene un estricto sometimiento a una ley habilitante que puede ser inconstitucional, resulta gravitante esto último en el control de la norma infralegal?”.<sup>24</sup> Aparentemente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional persiste en la línea fijada por la sentencia rol N° 253, pues el fallo rol N° 465 del 30 de marzo de 2006 sugiere que el control de constitucionalidad de un decreto se limita a verificar que ejecute correctamente la ley que lo habilita, asumiendo su constitucionalidad por extensión de la presunción de constitucionalidad de que goza la ley. No pasa desapercibido que, con esta doctrina, el Tribunal Constitucional omite en el cumplimiento de su deber la confrontación directa del acto administrativo con la Constitución, en conformidad con lo dispuesto por los incisos 1° y 2° de su artículo 6°.

De la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de las cuestiones de constitucionalidad que susciten actos normativos que emanen del Presidente de la República, ZÚÑIGA excluye el juicio de legalidad del DFL con su ley habilitante, porque es de competencia de la Contraloría General de la República.<sup>25</sup> CAZOR, por su parte, incluye entre las cuestiones de constitucionalidad la *mera inconstitucionalidad* (contradicción con la Constitución, pero dentro de los límites de la ley delegante), que tiene especial relevancia porque en Chile no es infrecuente que materias indelegables por mandato constitucional sean reguladas por el Presidente de la República vía DFL.<sup>26</sup>

#### b) *La Contraloría General de la República*

La Contraloría General de la República controla la juridicidad (legalidad y constitucionalidad) de los actos administrativos mediante la toma de razón, velando por el sometimiento efectivo de la Administración al Derecho. En el ejercicio de

---

lidad técnica en Valenzuela, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el tribunal constitucional. Contribución del tribunal constitucional a la institucionalización democrática*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, pp. 46-48.

<sup>24</sup> Cazor, Kamel, “Nuevo artículo 93 número 16: un enfoque más coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del tribunal constitucional”, en Vv.Aa., *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga (coord.), LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 313-314. Cursivas en el original.

<sup>25</sup> Zúñiga, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, T. II, Santiago, 2002, p. 89.

<sup>26</sup> Cazor, *La sumisión a...*, p. 113.

esta función, es deber suyo fiscalizar la constitucionalidad material de los actos administrativos. Como dice FIAMMA: “El control del fin, el control de la discrecionalidad, (oportunidad o conveniencia: mérito), el control de los conceptos constitucionales indeterminados (...) y el control del respeto de los derechos garantizados por la Constitución (...) constituyen algunos de los principales detectores paramétricos de la pureza constitucional del acto administrativo, que la Contraloría debe considerar en su examen de constitucionalidad”.<sup>27</sup>

Ante la ausencia de casos y la consiguiente nula jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el conocimiento de decretos supremos inconstitucionales representados por la Contraloría General de la República (artículo 93 N° 9 de la Constitución, en relación con el artículo 99), denuncia CAZOR la verdadera naturaleza del control de juridicidad que realiza, que es de legalidad.<sup>28</sup> Idea que refuerza ARÓSTICA, para quien el criterio de la Contraloría en el control de los actos administrativos “puede extractarse como sigue: si el decreto es *directamente* contrario a la Constitución, lo representa (...) Pero si el decreto o resolución conceptuado como inconstitucional se ha producido en ejecución de una ley, el vicio real o supuesto de inconstitucionalidad es imputable, en el fondo, al legislador. De allí que, en este último evento, toma razón pura y simplemente del decreto o resolución, aduciendo que la Contraloría sólo tiene competencia para fiscalizar ‘los actos de la Administración’ (art. 87) y que no puede entrar a revisar *indirectamente* los actos del legislador”.<sup>29</sup>

### c) *Los Tribunales de Justicia*

Hemos separado este apartado agrupando la materia en tres secciones, que corresponden al análisis de tres instrumentos procesales que han tenido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal distinto en lo que a control de constitucionalidad de actos administrativos se refiere.

c.1) EL RECURSO DE PROTECCIÓN. Nadie discute que el recurso de protección es de hecho la vía jurisdiccional ordinaria para controlar la juridicidad de los actos administrativos, asegurando la debida protección de los derechos garantizados en algunos números del artículo 19° de la Constitución. Es una acción constitucional que cumple su cometido aplicando directamente la Constitución, con funda-

---

<sup>27</sup> Fiamma, Gustavo, “El control de constitucionalidad de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, N°s 37-38, enero-diciembre, 1985, pp. 257-270, p. 264, nota 9.

<sup>28</sup> Cazor, 135. También dice que una de las interpretaciones posibles para explicar las pocas representaciones de inconstitucionalidad por parte de Contraloría a Decretos con Fuerza de Ley es que omite el control de constitucionalidad cada vez que constata que el DFL no excede ni contraviene la ley delegatoria (cfr. p. 114).

<sup>29</sup> Aróstica, p. 63.

mento en el propio artículo 20° y en los artículos 6° y 7°. Sin embargo, el supuesto para que proceda el recurso de protección exige que se trate de un acto u omisión arbitrario o *ilegal*, que no inconstitucional, lo que ha significado en muchos casos que los jueces se limitan a verificar la legalidad del acto impugnado. Es lo que PEÑA pone al descubierto preguntándose si los jueces admiten limitaciones legales o reglamentarias al Derecho Constitucional y deduciendo de la jurisprudencia que, si existe legislación o reglamentación que faculte la realización del acto administrativo, el Recurso se rechaza sin más. Concluye diciendo: “Parece claro que, cuando aceptan sin cuestionamiento las regulaciones legislativas y administrativas de un derecho, los jueces suponen que éstas son, *per se*, coherentes con los mandatos constitucionales. En otras palabras, parece haber una presunción de que los derechos constitucionales se hallan siempre recogidos y eficazmente protegidos por las reglamentaciones que con ellos dicen relación”.<sup>30</sup> Al exigir el supuesto de hecho del recurso de protección que el acto u omisión sea *ilegal*, entendemos que el juez necesariamente debe verificar la adecuación del acto u omisión impugnado con la ley habilitante, lo cual no significa que la Constitución quede opacada por la ley, impidiéndole ser aplicada. No obstante, hay jurisprudencia que ha definido el alcance del término *ilegal*, como lo contrario a la ley, entendida esta última de acuerdo con la definición que de ella hace el artículo 1° del C.C.<sup>31</sup> En estricta lógica, si el acto no es contrario a la ley, el recurso de protección no procede. Descartando que el acto u omisión sea arbitrario, se concluye que un acto legal no puede vulnerar ninguna de las garantías protegidas por el artículo 20.

El mismo criterio sustenta la argumentación del fallo de la Corte Suprema que confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó el recurso de protección presentado en el caso *Colonia Dignidad* para que se declarara la nulidad del decreto que canceló su personalidad jurídica y dispuso el destino de sus bienes. Dice en su considerando 2° que no cabe imputar ilegalidad a la actuación del Presidente de la República porque al dictar el decreto impugnado se ajustó “a la normativa legal que no estaba entonces controvertida en cuanto a su vigencia para este caso, esto es, los artículos 559 inciso 2° y 561 del Código Civil que le entregan precisamente esta facultad” (C.S., 2 de agosto de 1994, rol N° 20.646).<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Peña, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1996, p. 160.

<sup>31</sup> Fallo rol N° 1.787-2005, considerando 2°. Puede verse en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultado el 5 de marzo de 2007].

<sup>32</sup> Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultado el 6 de marzo de 2007]. Con un razonamiento idéntico al utilizado en el recurso de protección de Colonia Dignidad, la Corte Suprema rechaza un recurso de inaplicabilidad “puesto que aun en el evento de ser acogido, la decisión que se emita no podrá tener influencia alguna en la resolución del recurso de protección pendiente [...] desde que la conducta del recurrido se sustentó en una norma vigente al momento de producirse el acto” (considerando 5°, C.S., rol N° 2341-2003, 21 de enero de 2004). Si aceptamos el argumento de los sentenciadores, entonces

Lo mismo denuncia ZÚÑIGA a propósito del recurso de protección ambiental, en que la doctrina jurisprudencial se orienta por el rechazo del amparo del N° 8 del artículo 19 cuando los actos impugnados se encuentran sometidos *prima facie* al imperio de la ley, como ocurre con la sujeción al sistema de evaluación de impacto ambiental de la Ley N° 19.300 o a la legislación sectorial de relevancia ambiental.<sup>33</sup> En la misma materia, puede revisarse el fallo de la Corte Suprema Rol N° 764-2002, del 19 de junio de 2002, que en su considerando 8°, objetando el vicio de ilegalidad que se le atribuía a una resolución exenta de la CONAMA, dice: “Que, en cuanto a la ilegalidad, hay que recordar que la base de todos los recursos, en cuanto a esta materia, se encuentra en un Decreto Supremo, norma que no reviste la naturaleza jurídica de ley, por lo que su vulneración no puede originar la interposición ni menos, el acogimiento del presente recurso”.<sup>34</sup>

El voto de minoría del abogado integrante de la Corte Suprema, Domingo Hernández, resume el problema tal y como lo concibe una parte de nuestra jurisprudencia: “el principio de supremacía de la Constitución y su secuela –el de jerarquía de las normas– no habilita para prescindir derechamente de la norma legal expresa y vigente aplicable, salvo si mediare un análisis de fondo sobre su eventual discordancia con los contenidos constitucionales, que habilite para preferir la disposición de mayor rango, examen que a esta Corte le está vedado, en razón de adherir nuestra Ley Fundamental al modelo concentrado de control de constitucionalidad” (C.S., 8 de abril de 2005, rol N° 7083-2004).<sup>35</sup>

Un caso práctico, detectado por la doctrina, en que el recurso de protección sobrepasa la ley, confrontando directamente un acto administrativo con la Cons-

---

estaremos aceptando la existencia de actos administrativos legales inatacables por inconstitucionalidad, porque por una parte la Corte en sede de protección carece de competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley y, por otra, es indiferente al resultado del juicio la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, porque siempre tendrá por objeto una ley que al momento de verificarse la conducta impugnada se encontraba vigente (y no podrá tacharse la conducta de ilegal, como exige el artículo 20 de la Constitución). En el fallo de minoría los ministros disidentes advierten precisamente que el criterio de la mayoría “siempre impediría la procedencia de un recurso de inaplicabilidad interpuesto, para producir sus efectos en uno de protección” (considerando 3°), y concluyen drásticamente que ello significaría dejar incumplida una de las funciones más importantes de la Corte Suprema, cual es la de hacer efectiva la supremacía constitucional (considerando 7°). Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0el> [consultado el 5 de marzo de 2007]. Véase el comentario de Soto Kloss, citado en nota 21.

<sup>33</sup> Zúñiga, Francisco, “Derechos fundamentales y garantías en la reforma constitucional”, en Aa.Vv., *La constitución reformada de 2005*, Nogueira, Humberto (coord.), Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 160.

<sup>34</sup> Disponible en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultado el 6 de marzo de 2007].

<sup>35</sup> Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultado el 7 de marzo de 2007].

titución, se da con ocasión de los recursos contra decretos de invalidación de nombramientos de cargos públicos. Aunque esta facultad de la autoridad administrativa está expresamente contemplada en la ley (artículo 63 del DFL N°1/19.653), la Corte anula el decreto como medida de protección del derecho de propiedad que el interesado tiene sobre el cargo público.<sup>36</sup> Es el caso, también, de un juicio fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 3578-96, 3 de abril de 1997).<sup>37</sup> La Corte dejó sin efecto una autorización de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Maipú para la instalación de 12 estanques de gas licuado, porque las restricciones que dicha autorización suponía para los propietarios de los predios vecinos al de los estanques era una forma de expropiación. La autorización se concedió con estricto apego a la legislación vigente, pero el Tribunal estimó que vulneró lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Constitución, y la declaró ilegal. La Corte detecta un conflicto de normas, en que una es de rango reglamentario y otra de rango constitucional, y la conclusión es obvia: prima la Constitución. Lo interesante es que la primacía de la Constitución se manifiesta en la anulación de la autorización municipal y deja intacta la legislación aplicable al caso, incluida la disposición reglamentaria enfrentada con la Constitución en el caso particular.

c.2) EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO. Es el recurso paradigmático del sistema de la legalidad. Desde que procede contra errores de Derecho en que incurre una sentencia pronunciada con infracción de la ley, cabe preguntarse si la Constitución es Derecho invocable en este recurso.

TAVOLARI es de los que incluye a la Constitución en la causal genérica *error de derecho* de la casación civil en el fondo.<sup>38</sup> También TRONCOSO.<sup>39</sup> PAILLAS en cambio reduce la casación a la interpretación de la ley en sentido estricto, es decir, excluyendo la Constitución, los decretos, los reglamentos y las instrucciones.<sup>40</sup> Sin embargo, los tratados internacionales debidamente aprobados o ratificados, tienen fuerza obligatoria como una ley nacional y sirven para fundamentar el recur-

---

<sup>36</sup> Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIV, Julio 2003, pp. 67-81, p. 78.

<sup>37</sup> Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 7 de marzo de 2007]. No sabemos que haya sido apelada.

<sup>38</sup> Tavolari, Raúl, *Recursos de casación y queja. Nuevo régimen*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 1996, p. 52. También su comentario a la sentencia *Corpesca S.A. con Servicio de Salud de Antofagasta*, RDI, tomo XCIX, sección I, pp. 277-278.

<sup>39</sup> Troncoso, Pedro, *Casación en el fondo civil y casación oficial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 80.

<sup>40</sup> Paillas, Enrique, *El recurso de casación*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 1999, pp. 68 y 71.

so.<sup>41</sup> Por último, ROMERO advierte el nulo arraigo que tiene la Constitución como fuente de interpretación en el proceso civil.<sup>42</sup>

La jurisprudencia del recurso de casación en el fondo tiene un concepto de Constitución que no se aviene con el principio de supremacía constitucional. Por ejemplo, estima improcedente fundar un recurso de casación en disposiciones constitucionales cuando dichos preceptos establecen principios o garantías de orden general, que usualmente tienen desarrollo en preceptos de inferior jerarquía (C.S., 5 de septiembre de 2006, rol N° 1.917-2006),<sup>43</sup> o que no resulta procedente fundar la casación en normas constitucionales que se limiten a establecer derechos o garantías de orden general, y que encuentran su desarrollo en normas de carácter legal, cuando entregan las herramientas jurídicas necesarias que permiten acudir de casación, sin que sea necesario invocar la Constitución Política de la República (C.S., 25 de julio de 2006, rol N° 4370-2004).<sup>44</sup> Por último, expresamente ha señalado que la casación procede “cuando ha existido una vulneración de ley, entendida ésta según el concepto entregado por el artículo 1° del Código Civil” (C.S., 5 de junio de 2003, rol N° 4126-2001).<sup>45</sup>

De acuerdo con esta jurisprudencia se puede concluir que los actos administrativos impugnados en la instancia de casación están virtualmente blindados contra la Constitución mientras haya una ley que se interponga entre ésta y el acto en cuestión. Es en esta instancia procesal donde a juicio nuestro se manifiesta de modo más claro la postergación de la Constitución en favor de la ley, con ocasión del control jurisdiccional de la actuación de la Administración. Interesante es el caso de la casación en un juicio de nulidad de derecho público, porque las normas que pueden estimarse infringidas por la sentencia de apelación son los artículos 6° y 7° de la Constitución, que en el caso son *decisoria litis*.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Paillas, 72 y ss. Troncoso puntualiza que la ley extranjera puede fundar el recurso siempre y cuando la ley nacional se remita a ella, en Troncoso, p. 83.

<sup>42</sup> Romero, Alejandro, “El recurso de casación en el fondo como medio para denunciar la infracción a la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 3, pp. 495-500 [2005], p. 496.

<sup>43</sup> También C.S., Rol N° 897-2002, 5 de junio de 2003, considerando 20°; C.S., Rol N° 2176-2001, 28 de enero de 2003. Se pueden ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 7 de marzo de 2007].

<sup>44</sup> También C.S. Rol N° 3800-2000, 19 de junio de 2002; C.S. Rol N° 873-2001, 4 de junio de 2002. Se pueden ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 5 de marzo de 2007]. C.S., 30 de octubre de 2002, en *RDJ*, Tomo XCIX, sección I, 274-277.

<sup>45</sup> También C.S., Rol N° 424-2001, 16 de mayo de 2002. Se pueden ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 5 de marzo de 2007].

<sup>46</sup> Cfr. C.S. Rol N° 2377-2005, 16 de enero de 2006, considerando 22°. Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 6 de marzo de 2007].

c.3) LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO. A pesar de tratarse de una acción constitucional, hay jurisprudencia que ha restringido su procedencia a la existencia de una ilegalidad: “la ilegalidad de las actuaciones de la administración constituye el presupuesto ineludible de la sentencia favorable a este tipo de pretensiones [acción de nulidad de derecho público], el que como ha quedado demostrado [en este caso] no ha tenido lugar porque se hizo uso de una facultad legal, [por lo tanto] no es posible declarar la sanción de nulidad solicitada, porque una conclusión en tal sentido importaría sancionar una contradicción de lógica formal, porque el obrar lícito no puede conducir a la ineficacia” (C. de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 2001, rol N° 2101-1999).<sup>47</sup> En el mismo sentido la sentencia de la Corte Suprema del 27 de diciembre de 2004, que rechaza la invalidación de una resolución municipal por infringir el artículo 7° de la Constitución, porque los funcionarios municipales actuaron dentro de la órbita de la ley (Rol N° 2458-2003).<sup>48</sup> En un libro reciente, BOLOÑA dice que en caso de acogerse la acción de nulidad de derecho público, el juez declara el acto administrativo ilegal.<sup>49</sup> No entendemos por qué no inconstitucional.

Los criterios jurisprudenciales consignados han sido la respuesta de nuestros Tribunales de Justicia a los casos en se ha recurrido contra un acto administrativo que se estima inconstitucional por infringir los artículos 6° y 7° de la Constitución, pero que a juicio de los sentenciadores es improcedente por tratarse de un acto dictado conforme a la ley (omitiendo el examen de constitucionalidad del acto impugnado). Esto no debe opacar la amplia jurisprudencia acumulada sobre nulidad de derecho público de actos administrativos dictados al margen de la ley, y por ello carentes de sustento jurídico y contrarios al principio de juridicidad;<sup>50</sup> sin embargo, pensamos que esta jurisprudencia prospera porque no supone para el juez aplicar la Constitución en perjuicio de la ley.

En una posición distinta a la línea jurisprudencial esbozada en las sentencias citadas, SOTO KLOSS sostiene que la acción de nulidad de derecho público es “el mecanismo de tutela, de salvaguarda, de defensa, de la supremacía constitucional, de la supremacía en el ordenamiento jurídico de la República, de las disposiciones de la Constitución, del valor sobreeminente de la Carta Fundamental”, y

---

<sup>47</sup> Esta sentencia fue recurrida de casación en la forma y en el fondo, y se rechazaron ambos (C.S., rol N° 4126-2001, 5 de junio de 2003). Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 8 de marzo de 2007].

<sup>48</sup> Para un análisis de estas sentencias y, en general, de la teoría de la nulidad de derecho público, puede verse Jara, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Libromar, Santiago, 2004.

<sup>49</sup> Boloña, Germán, *El acto administrativo*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 252.

<sup>50</sup> Un buen ejemplo es la jurisprudencia recaída sobre el DL 77/73: C.S., 14 de mayo de 2002, *RDI*, Tomo XCIX, año 2002, N°2 abril-junio, sección V, pp. 113-126 y fallos citados al pie (p. 114).

no puede agotarse su procedencia en la verificación de la legalidad de una actuación determinada.<sup>51</sup> No está diciendo con ello que los supuestos de anulación de actos administrativos inconstitucionales sean ilimitados, o que cualquier infracción al principio de juridicidad amerite la anulación; de hecho, los derechos adquiridos por el destinatario o terceros de buena fe, que restringen la invalidación hacia atrás de actos administrativos antijurídicos,<sup>52</sup> limitan los efectos de la anulación. También actúa como un límite la prueba que debe rendirse en el proceso para apoyar la supuesta inconstitucionalidad. REYES, por su parte, sostiene que puede limitarse el alcance de la acción de nulidad de derecho público de pleno derecho, porque el constituyente nunca pensó en ella para todo caso de infracción al principio de juridicidad. Sin embargo, en la posición de Reyes se echa en falta un criterio para discernir cuándo procedería el ejercicio de dicha acción.<sup>53</sup> Hay una jurisprudencia de la Corte Suprema que propone la magnitud del vicio como un criterio para decidir la procedencia de la nulidad. Es el caso, entre otros, de una acción de nulidad de derecho público dirigida contra la resolución de la Subsecretaría de Marina que otorgó una concesión de acuicultura a pesar de que el solicitante cometió un error en los antecedentes de la solicitud, al acompañar unos planos visados por autoridad incompetente. La Corte descarta de plano que el haberse otorgado la concesión constituya un vicio que pueda acarrear una nulidad de derecho público: “no se ha producido sino, a lo sumo, un asunto o posible vicio administrativo (...) que no puede ser estimado como uno de nulidad de Derecho Público”.<sup>54</sup> Es decir que aquellos errores sin mayor influencia (como tramitar una solicitud con un error en los antecedentes) no vulneran el principio de juridicidad o, al menos, no tienen la entidad para justificar la acción de nulidad de derecho público. En palabras de la misma Corte, “las sanciones por la infracción al principio de juridicidad no siempre conllevan la nulidad del acto, lo que sólo ocurrirá en los casos de un grave y manifiesto exceso de las atribuciones del órgano estatal”.<sup>55</sup>

Queremos apuntar una doctrina hallada en dos fallos y que limita la procedencia de la acción de nulidad de derecho público a los supuestos del artículo 7° de la Constitución, descartando el 6°. En lo que nos interesa, la argumentación dice que cualquier quebrantamiento del ordenamiento jurídico que no sea una vulneración de incompetencia, investidura o forma –los supuestos del artículo 7°– no es sancionable con la nulidad de derecho público y, a lo más, podrá

<sup>51</sup> Soto Kloss, p. 173.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 195-211, donde se cita jurisprudencia judicial y de contraloría.

<sup>53</sup> Reyes, Jorge, *La nulidad de derecho público*, Editorial ConoSur Ltda., Santiago, 1998, pp. 31-37.

<sup>54</sup> C.S. Rol N° 4126-2001, 5 de junio de 2003, considerando 11°. Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 7 de marzo de 2007].

<sup>55</sup> C.S., Rol N° 6190-99, 11 de marzo de 2003, considerando 20°. Se puede ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 7 de marzo de 2007].

quedar comprendida dentro de las ilegalidades que señala el artículo 6°, norma que entrega al legislador establecer las sanciones y responsabilidades que genere la infracción de este último precepto.<sup>56</sup> Este criterio no es en realidad una limitación de los supuestos de hecho de la acción de nulidad de derecho público, sino una subordinación de la Constitución a la ley.

## V. CONCLUSIONES

La Administración debe someter su actividad al Derecho vigente, integrado por la Constitución, toda la gama de leyes, toda la gama de actos administrativos, dictámenes de Contraloría y sentencias judiciales. Específicamente, los actos administrativos no pueden ser contrarios a la Constitución porque su validez se sustenta en ella, más o menos indirectamente.

El control de la juridicidad de los actos administrativos no puede omitir la Constitución como parámetro de control, porque su adecuación a esta norma es precisamente condición de su validez. Sin embargo, el sistema de control de juridicidad de los actos administrativos aplica deficientemente la Constitución, prefiriendo aplicar la ley como criterio último de validez, dado ciertos supuestos. Esta situación es causa de los siguientes efectos:

- i) La fuerza normativa de la Constitución es puesta en entredicho, y con ella el Estado constitucional de Derecho;
- ii) La protección eficaz de los derechos garantizados por la Constitución queda subordinada a la ley;
- iii) Las posibilidades de un control eficaz de la actividad de la Administración por parte de los órganos competentes disminuyen.

Por otra parte, no dejamos de ver que la aplicación directa de la Constitución hecha por los órganos de control debilita la posición de la ley, amenazando con ello el poder político ejercido por el Congreso; pero conviene recordar que el Legislador no es Soberano, sino que está sometido a la Constitución (e incluso a sus propios actos en la medida que producen efectos adquiridos). Tampoco nos son indiferentes las consecuencias que la supremacía constitucional puede provocar en la solidez del sistema democrático representativo, especialmente por la erosión del principio de separación de poderes.

---

<sup>56</sup> C.S., Rol N° 3132-2005, 28 de junio de 2006, considerando 14°, y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6190-99, 11 de marzo de 2003, considerando 20°. Esta última fue recurrida de casación en el fondo, y se rechazó el recurso (C.S., Rol N° 2458-2003, 27 de diciembre de 2004). Se pueden ver en <http://bd.legal.cl/LNChile/lpext.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm&vid=84&2.0> [consultada el 7 de marzo de 2007].

## BIBLIOGRAFÍA

- Aróstica, Iván, “La Constitución en riesgo (sobre la ‘inconstitucionalidad indirecta’ de los actos de la Administración)”, *Ius Publicum*, N° 3 (1999), 57-72.
- Aylwin, Patricio y Azócar, Eduardo, *Manual de derecho administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1996.
- Barra, Nancy, *Probidad administrativa. Aproximación a la ley N° 19.653 y a la jurisprudencia administrativa*, LexisNexis, Santiago, 2002.
- Boloña, Germán, *El acto administrativo*, LexisNexis, Santiago, 2005.
- Caamaño, Francisco, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- Caldera, Hugo, “Los tribunales ordinarios de justicia y el control de constitucionalidad del acto administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 1986 (N°s 39-40), 191-208.
- Caldera, Hugo, *Tratado de derecho administrativo* (dos tomos), Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001.
- Cazor, Kamel, “Nuevo artículo 93 número 16: un enfoque más coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del tribunal constitucional”, en *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga (coord.), LexisNexis, Santiago, 2005, 313-314.
- Cazor, Kamel, *La sumisión a derechos de los actos y disposiciones del Presidente de la República. La potestad jurídica presidencial y el sistema de control aplicable como garantía del Estado constitucional*, t. II, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2002.
- Cea, José Luis, “Utilización por la administración pública del derecho privado”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 1996 (N° 60), 71-84.
- Cea, José Luis, *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 1999.
- Chapus, René, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. 1, 15ª ed., París, 2001.
- Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José y Chrétien, Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin y Dalloz, París, 2004.
- Entrena, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, volumen I/1, Tecnos, 13ª edición, Madrid, 1999.
- Favoreu, Louis, y Renoux, Thierry, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, París, 1992.

- Ferrada, Juan Carlos; Bordalí, Andrés, y Cazor, Kamel, “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIV, julio 2003, 67-81
- Gohin, Olivier, “Le Conseil d’État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi”, *RFDA*, 16 (6) nov-dic., 2000, 1175-1188.
- González, Francisco, *Derecho administrativo español*, 2ª edición, 1ª reimprección, 3 tomos, Pamplona, Eunsa, 1995.
- Jara, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Libromar, Santiago, 2004.
- Le Berre, Hugues, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l’an VIII à 1998*, L.G.D.J., París, 1999.
- Négrier, Emmanuel, “Le crépuscule d’une théorie jurisprudentielle: l’écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel”, *RDP*, 1990, 767-799.
- Paillas, Enrique, *El recurso de casación*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 1999.
- Peña, Carlos, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1996.
- Reyes, Jorge, *La nulidad de derecho público*, Editorial ConoSur Ltda., Santiago, 1998.
- Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit administratif*, 19ª ed., Dalloz, París, 2002.
- Romero, Alejandro, “El recurso de casación en el fondo como medio para denunciar la infracción a la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 N° 3, pp. 495-500 [2005].
- Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, volumen 1, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª edición, Madrid, 2002.
- Soto Kloss, Eduardo, “Ley y reglamento: sus relaciones en el derecho chileno”, en *Ius Publicum*, N° 3 (1999), 33-47.
- Soto Kloss, Eduardo, comentario, en *RDJ*, tomo XCI, 1994, N° 2 mayo-agosto, sección V, 121-127.
- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- Stirn, Bernard, *Le Conseil d’Etat. Son rôle, sa jurisprudence*. Hachette, 2ª ed., París, 1994.

- Tavolari, Raúl, Comentario a la sentencia *Corpesca S.A. con Servicio de Salud de Antofagasta*, *RDJ*, tomo XCIX, sección I, 277-278.
- Tavolari, Raúl, *Recursos de casación y queja. Nuevo régimen*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1996.
- Troncoso, Pedro, *Casación en el fondo civil y casación oficial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- Valenzuela, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006.
- Weil, Prosper y Pouyaud, Dominique, *Le droit administratif*, P.U.F., reimpresión de la 20ª edición, París, 2004.
- Zúñiga, Francisco, “Derechos fundamentales y garantías en la reforma constitucional”, en AA.VV., *La Constitución reformada de 2005*, Nogueira, Humberto (coord.), Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005.
- Zúñiga, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, t. II, Santiago, 2002.