

AÚN SOBRE LA PRETENDIDA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO CHILENO

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO: Introducción. 1. ¿Qué habrá habido en su origen? 2. Lo que aparece en el fondo del tema. 3. Una extensión carente de justificación racional. 4. La presunción de legalidad frente a la Constitución. 5. ¿Constituye un privilegio procesal? 6. ¿Una antinomia? Presunción de legalidad e invalidación. 7. ¿Tiene fundamento constitucional?

INTRODUCCIÓN

Cualquier estudiante de Derecho que haya aprobado su curso de derecho constitucional se sorprenderá que no obstante que la propia Constitución afirma de modo tan rotundo que “Chile es una república democrática” (artículo 4º), que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados” (artículo 19 N° 2, inciso 1º frase segunda) y que “La Constitución asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley” (artículo 19 N° 2, inciso 1º frase primera), alguna ley (v. gr. 19.880/29.5.2003, artículo 3º inciso final) y la jurisprudencia contralora (de manera constante, frecuente y reiterada (desde 1957/D 1.589, y D 82.374/1966) sostiene y reafirman un privilegio propio del absolutismo romano imperial y redivivo en el estatismo reinante desde la década de los años 30 y 40 del siglo pasado en nuestro país, como es el que los actos administrativos gozan de una “presunción de legalidad”).

Si se atiende uno a la Constitución –ya casi 40 años vigente– no se entiende que puedan afirmarse juntamente que Chile es una república y,

*Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon Sorbonne). Doctor h.c. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (por concurso público, julio 1973). Ex-Decano (1998-2010) y profesor titular de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás. Exabogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2002).

además, democrática y al mismo tiempo que el Estado goce de un “privilegio” como el referido¹.

Ya en 2010 publicábamos un trabajo sobre este resabio de monarquías absolutas (*Gaceta Jurídica* 366/7-14) y volvíamos sobre ello en el 2013, a raíz de los diez años de vigencia de la mencionada Ley N° 19.880, haciendo ver su carencia de fundamento no solo constitucional sino racional e incluso que no se trata ni siquiera de una “presunción” propiamente tal. A ambos estudios remitimos para que el lector comprenda en su mayor amplitud el tema².

Atendido el tiempo transcurrido y su persistente afirmación, llegando incluso el tema al Tribunal Constitucional, planteada la inaplicabilidad –por inconstitucional– de la aludida disposición del artículo 3° inciso final de la Ley N° 19.880³, creemos útil ahondar más en ello.

1. ¿QUÉ HABRÁ HABIDO EN SU ORIGEN?

Habiendo estudiado en trabajos anteriores lo que es esta presunción, advirtiendo que carece de fundamento racional, y de fundamento constitucional, haciendo ver que ni siquiera de trata de una “presunción” analizaremos, ahora, algo que no hemos visto con anterioridad, a saber, ¿qué habrá habido al afirmar este pretendido “privilegio”, más allá del estatismo que campeaba por aquellos años de las décadas de los años 40 y 50 del siglo pasado? ¿Habrá sido la intención hacer más difícil la impugnación de los

¹Además de varios otros privilegios que hemos estudiado y pretendido desmontar por su inconstitucionalidad en otras ocasiones como el referido a la fatídica frase no poco común en otra época no tan lejana, en *La fórmula “y en su contra no procederá recurso alguno” y el Estado de Derecho*, en *Gaceta Jurídica* 27/1979, 2-14; o el *Solve et repete*, en *Ius Publicum* 16/2001, 79-100, también en *Revista Argentina de Derecho Tributario/Buenos Aires*, 16/2005, 165-184, que desarrolla mi voto en contra en el fallo del Tribunal Constitucional (rol 185), de 28.2.1994, recaído en el trámite legislativo de control previo de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Bases del Medio Ambiente (posteriormente 19.300 de 9.3.1994; o *La aplicación del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 39/2017, 41-53. Sin perjuicio de privilegios procesales, que exceden nuestro propósito en este tema; para ello *vid.* A. Romero Seguel, *Los privilegios probatorios de la Administración Pública*, en “La prueba en la litigación pública” (coord. J. Arancibia M.-A. Romero S.). *Librotecnia*. Santiago de Chile. 2016, 83-114. Cabe recordar que después de varios años aún pende en el Congreso Nacional un proyecto de ley que elimine privilegios procesales del Fisco.

²*Vid.* Otra vez sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos. ¿Tiene un fundamento racional? ¿Es verdaderamente una presunción?, en “Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las Leyes N°s. 19.880 y 19.886 (coord. G. Bocksang-J. L. Lara). Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2013, 233-256.

³Rol 5.600, sentencia de 7.1.2020, caso Jardín Pumpin, de Valparaíso, en que llegó a haber 5 votos por acoger (entre ellos el voto de un ministro que es un prestigioso profesor de derecho administrativo) y 5 votos por rechazar, por lo cual al haber empate de votos la ley del tribunal determina que se rechaza la inaplicabilidad.

actos administrativos por parte de los particulares ante los tribunales de justicia, que por aquel tiempo aún sostenía su incompetencia para conocer de la nulidad de dichos actos?⁴.

Debe recordarse que esta pretensión de presumir conforme a Derecho los actos administrativos que han sido tomados razón, y con aplicación solo dentro de la Administración, nace por creación contralora, Dictamen 1589/1957, para obviar la aplicación del artículo 108, incisos 2º y 3º del DFL 256, de 29.7.1953, Estatuto Administrativo vigente por aquella época, es decir con una clara intención desburocratizadora, con el fin de no hacer obligatoria la “representación” de los funcionarios públicos de la orden que en virtud de ese decreto tomado razón se le imponía, si la estimaba ilegal, tal como lo establecía dicha disposición, con el objeto de evitar la responsabilidad del funcionario que cumplía órdenes ilegales sin haberla representado por escrito y seguido el procedimiento que esa norma establecía.

Pues bien, no se requiere mucho conocimiento para advertir de inmediato que tal pretensión contralora *vulneraba directamente* una disposición legal/estatutaria, como la referida, porque carecía –y aún carece, obviamente– de competencia para dejar sin efecto, esto es, derogar, una norma legal, desde que un Dictamen no es sino un “acto administrativo”, acto jurídico de inferior jerarquía que carece de toda fuerza jurídica para derogar un texto de ley. Debo señalar que no he encontrado ninguna crítica, ni en aquel tiempo ni en época posterior, a dicha decisión contralora notoriamente contraria a Derecho.

Con tal planteamiento la Contraloría iba mucho más allá de su función constitucional de velar por la legalidad de los actos administrativos, puesto que simplemente se transformaba en legislador, ya que a pretexto de “velar” por la juridicidad del actuar de la Administración, no solo “crea” normas obligatorias a través de actos administrativos, como son los dictámenes, para los organismos que la integran, sino incluso para los ciudadanos, particulares, como ocurriera una década después con el D 82.374, de 1966, sin competencia para ello, desde que su labor es solo de “interpretar” las leyes que son aplicables “por” y “a” dicha Administración, pero en caso alguno ni derogarlas ni crearlas⁵.

Llama la atención este predicamento de Contraloría porque ya en aquella época carecía de fundamento normativo en la Constitución de

⁴Vid. nuestros *La competencia contencioso administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1/1974, N^{os} 3/4, 349-359, y *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en *Revista de Derecho Público* 21/22 (1977), 233-249.

⁵Sobre esta costumbre contralora *extralegem* aún en aplicación por estos mismos días, yo diría hoy exacerbada, *vid.* nuestro reciente *La confianza legítima y el derecho administrativo chileno: de cómo se “legisla” por vía de dictámenes y sentencias judiciales con total desprecio de la Constitución*, en *Ius Publicum* 44/2020, 115-140.

1925, vigente en aquel tiempo, la cual contenía al inicio de su texto, artículo 4º, una disposición que, idéntica al artículo 160 de la de 1833, es hoy el inciso 2º del actual artículo 7º y primera parte de su inciso 3º de la vigente de 1980.

Tan carente de sustento normativo como si se pretendiera por un Auto Acordado de la Corte Suprema⁶ que las sentencias judiciales se presumen conformes a Derecho, sabiendo que ni siquiera ello es predicable de las sentencias ejecutoriadas, las que si bien son inimpugnables ello es en razón de que en algún punto ha de ponerse fin a los litigios, pero no por ser conformes a Derecho, y ni siquiera se pueda afirmar hoy por ser una “verdad jurídica”. Y tampoco con fundamento racional desde que es fruto de una perspectiva política, estatista y de tiranía, según aquello que “lo que place el príncipe es ley” (*quod princeps placuit habet vigorem*)⁷.

2. LO QUE APARECE EN EL FONDO DEL TEMA

De allí que sea necesario ir más allá en el análisis de esta “presunción de legalidad”. ¿Habrá habido solo la idea de plantear el poder desnudo de la Administración, una mera *potestas*?

Si se revisa el D 1589/1957 no aparecería pista alguna como para ver otra intención que la desburocratización que hemos señalado, pero ya en el D 82.374/1966 y años posteriores, sí es posible encontrar algo que puede indicar con más precisión la intención ahora que se le da a tal presunción de legalidad. En efecto, en el D 8.099/1973⁸ se encuentra una frase que da razón hacia dónde apunta este artificio, y es que bajo su manto permite la “ejecución” de los actos administrativos que han sido tomado razón, “sin desmedro que dichos actos puedan ser invalidados”. Vale decir, tomado razón un acto administrativo por el órgano contralor⁹

⁶Autos Acordados que tienen la naturaleza de actos administrativos de efectos jurídicos generales (al modo de un reglamento), al igual que un dictamen contralor, que es un acto administrativo de efectos singulares, o también de efectos generales según el caso (como *v. gr.* un dictamen de “reconsideración” de su jurisprudencia).

⁷Estatismo imperial romano redivivo en los absolutismos monárquicos de la Europa del tercer cuarto del siglo XVI, en que comienzan a afirmarse algunas naciones como Estados nacionales, bajo la eclosión de la idea de razón de Estado de Machiavello, y que en Francia comenzaría a desarrollar Bodino, con sus *Seis Libros de la República* (1575) y Hobbes años más tarde en Inglaterra con su *Leviatán* (1651), como una forma de hacer frente a la incontrastable hegemonía hispánica, su siglo de oro, imperio en donde no se ponía el sol, pero en donde no primaba el estatismo, en que los territorios no fueron “colonias” al modo inglés, holandés o francés en África, y en que los naturales no eran esclavos sino vasallos, constituidos en “república de indios”.

⁸Gobierno socialista marxista, 4.11.1970-11.9.1973.

⁹No era cierto –ni tampoco lo es hoy– que la Contraloría toma razón “de un acto administrativo”, sino simplemente toma razón de un “decreto o resolución”, el cual una vez

se permite su ejecución por la Administración. Dos décadas posteriores este mismo planteamiento y con entera claridad se presenta, v. gr. en el D 26.637/1997, al expresarse que la toma de razón “imprime al acto una presunción de legalidad que determina que debe acatarse por las autoridades o particulares a quienes afecte...”. Sin seguir ahondando en la jurisprudencia, que continúa hasta hoy en el mismo sentido, aparece claro que al menos en aquel tiempo esta presunción de legalidad iba dirigida ya desde 1966-70 a que el hecho de la toma de razón de un decreto o resolución, y concluida la etapa de publicidad, obligaba a su cumplimiento y podía la Administración llevarla a efecto, o sea a ejecutarlo por sí misma, o como dirá en 2003 la Ley N° 19.880 (artículo 3° inciso final), en terminología extranjerizante, “autoriza su ejecución de oficio”¹⁰.

3. UNA EXTENSIÓN CARENTE DE JUSTIFICACIÓN RACIONAL

Siguiendo el análisis ha de observarse que si bien pudo tener alguna justificación de buen orden administrativo, aunque enteramente contrario a Derecho, lo determinado por la Contraloría en 1957, por su D 1598, no existía ninguna razón jurídica válida para extender esa presunción a los particulares, o sea que estos debían entender que los actos administrativos eran conformes a Derecho por el hecho de haber sido tomado razón por la Contraloría.

Lo curioso e insostenible es que tal presunción se ha hecho extensiva a los actos administrativos exentos de dicho trámite preventivo de juridicidad, los cuales, por lo tanto, no han sido examinados por la Contraloría en su conformidad a Derecho en el procedimiento de su elaboración, y, por ende, aquella no tiene fundamento alguno, esto es, carece de toda justificación, ni en lo hechos, ni racional ni jurídica. Y, sin embargo, se sigue sosteniendo, bajo la sola *potestas* contralora.

Pero lo peor es que la Ley N° 19.880/2003, artículos 3° inciso final y 51 (que habla de la “ejecutoriedad” del acto administrativo, Párrafo 3° Ejecución, Capítulo III. Publicidad y ejecutividad de los actos administrativos)¹¹,

tomado razón y terminado su procedimiento de elaboración, o sea notificado a su destinatario o publicado si es de efectos generales, adquiere la calidad jurídica de “acto administrativo”; de lo que propiamente toma razón el órgano contralor es de un “proyecto de acto” que cumple ante dicho órgano la cuarta etapa de su procedimiento de elaboración.

¹⁰Vid. la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, 30/1992, artículo 57.1.

¹¹No entramos aquí a observar la “promiscuidad” en el uso de los términos que emplea la ley, tomando por lo mismo como si fueran sinónimos la ejecutoriedad, la ejecutividad y la ejecución de los actos administrativos. Para evitar los equívocos que surgen con tal falsa sinonimia, hemos utilizado el término “aplicación” del acto administrativo para referir a su ejecución concreta en los hechos, es decir a la “autotutela ejecutiva”, como lo hemos desarrollado en *La aplicación del acto administrativo*, en *Ius Publicum* 39/2017, 41-53.

y también la jurisprudencia contralora, no hacen distinción a este respecto entre unos y otros actos administrativos, por lo cual se seguiría que también para los exentos se aplicaría esta presunción de legalidad, entendiéndolo así también los tribunales ordinarios de justicia e incluso el tribunal constitucional¹². Al respecto, llama la atención el que la Ley N° 19.880, en su artículo 1°, inciso 2°, establece expresamente que la toma de razón se regirá por lo dispuesto en la “ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la República”, de lo que se seguiría la lógica conclusión de que los actos exentos de la toma de razón no están cubiertos por la referida presunción de legalidad, desde que tal ley no la ha establecido en ninguna de sus disposiciones.

Al llegar a este punto, podríamos preguntarnos –aunque parezca paradójico– si este análisis no sería vano, ya que la tal manida presunción no tiene ninguna aplicación práctica por cuanto, afortunadamente, el ordenamiento chileno prescinde de esta construcción artificial para potenciar la *potestas* de la Administración, desde que la autotutela ejecutiva de ella solo está permitida *en los casos específicos expresamente establecidos por la ley* y, además, siempre sujeta en su ejercicio a la potestad jurisdiccional (artículo 73/76 de la Constitución), la cual se atiene únicamente a los hechos del proceso y, en este aspecto de la mentada presunción de legalidad, a la Constitución (artículo 19 N° 2, igualdad ante la ley, prohibición de diferencias arbitrarias y exclusión de todo grupo o clase privilegiados).

4. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD FRENTE A LA CONSTITUCIÓN

En otra ocasión hemos estudiado la Ley N° 19.880 y especialmente si guarda conformidad con la Constitución e incluso con la Ley N° 18.575, de la cual es tributaria, dado su carácter de ley orgánica constitucional, de bases de la Administración del Estado¹³, y como señalábamos al comienzo de estas notas, llama la atención el hablar esta ley (artículo 3° inciso final) de “ejecución de oficio” de los actos administrativos si se tiene presente su confrontación directa con el propio régimen constitucional y legal orgánico constitucional, además del propio ordenamiento legal ordinario, como creemos haber demostrado no hace mucho¹⁴. Y esa confrontación se da porque es un *privilegio* que pugna con la declaración rotunda del

¹²No podemos entrar aquí en este punto de las jurisdicciones aludidas.

¹³Vid. nuestro *La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos ¿aleluya o misere-re?*, en “La Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos”, *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, 2003. Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2004, 75-106, después en mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edic.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 323-348.

¹⁴Vid. nuestro *La aplicación del acto administrativo*, citado en nota 11 precedente.

artículo 19 N° 2 de la Constitución, que “prohíbe la existencia de persona o grupo privilegiado” (*idem*, inciso 1°, frase segunda), que afirma sin discusión la “igualdad ante la ley” (*idem*, inciso 1° frase primera) y, además la “prohibición” tanto para la ley como para cualquiera autoridad “de hacer diferencias arbitrarias” (*idem* inciso 2°). Y teniendo en cuenta que el artículo 7° inciso 2° precisa de modo clarísimo que ningún órgano público tiene más poderes jurídicos que aquellos que “expresamente le hayan sido conferidos por la Constitución o las leyes”, las que deben “expresar de modo específico” la potestad conferida y no de manera genérica, como ocurre en este caso. Jamás debe olvidarse que los poderes jurídicos de que están dotados las autoridades públicas son tasadas, delimitadas, acotadas, explícitas, otorgadas de modo expreso y formales, siguiendo lo que desde 1833 dispone el actual artículo 7° referido. Y que, además, pugna con los artículos 2° y 3° de la Ley N° 18.575, que impone a todo órgano de la Administración su estricta sujeción a Derecho y a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional, que allí enumera¹⁵.

5. ¿CONSTITUYE UN PRIVILEGIO PROCESAL?

Esta presunción que estamos analizando con detalle, ¿habrá tenido por finalidad obtener un “privilegio procesal”, en cuanto “alteraría la carga de la prueba” ante el juez que va a conocer de la impugnación del acto administrativo que afecta a su destinatario?

Así se suele leer en los autores, repitiendo lo que se dice en otros ordenamientos y no en el propio, y que incluso aparece en más de un fallo del Tribunal Constitucional al efectuar citas¹⁶.

Sin embargo, ello no resulta exacto, si se atiende a las acciones procesales concretas que se ejercen para impugnar la juridicidad de un acto administrativo. En efecto, si se ejerce, *v. gr.*, la “acción de protección” no hay alteración de la carga de la prueba para el afectado por dicho acto porque al actor tocará, necesariamente, probar que tiene un “derecho fundamental” cuyo ejercicio lo hace de modo “legítimo” (o sea conforme a Derecho), y que ha sido “afectado” sea en grado de “amenaza”, “perturbación” o “privación”, por un “órgano de la Administración del Estado”, a través de un “acto” (u “omisión”) “contrario a Derecho”, sea ilegal y/o arbitrario. Lo que ha de probar el actor, respecto de la Administración y

¹⁵Artículo 2° que no es sino repetición de los artículos 6° y 7° de la Constitución y artículo 3° que explicita como principios las “bases de la institucionalidad” que se imponen a todo órgano de la Administración en su misión de promover el bien común, satisfaciendo las necesidades públicas.

¹⁶*Vid. v. gr.*, rol 5.600-18 Tribunal Constitucional, fallo de 7.2.2020, consid. 15 o 18.

su acto, es que dicho agravio que sufre es obra de ella y que su acto es ilegal o arbitrario, pero no hay alteración alguna de la carga de la prueba desde que si el actor le imputa un hecho, obviamente, ha de probarlo y si lo califica de antijurídico, también es obvio que ha de probarlo. Pero esto no dice relación con una pretendida presunción de legalidad que cubriría al acto reclamado; es más, su autor, en el informe que le es exigido por el tribunal, deberá forzosamente “probar” que dicho acto es conforme a Derecho, y que cumple con cada uno de los presupuestos, supuesto y elementos que lo hacen válido en el ordenamiento vigente. Hay que insistir que para el juez no tiene ninguna validez jurídica tal presunción, aunque lo establezca una ley ordinaria (que, por lo demás, es patente su inconstitucionalidad en este aspecto y, también, en varios más¹⁷), ya que él está sujeto, en la acción de protección, primordialmente, a la Constitución, y a las leyes que sean conformes a esta, como lo obligan de manera perentoria y clara los artículos 6º y 7º. Lo mismo ocurre si se ejerce la acción constitucional de “nulidad de derecho público”, y cualquiera de las numerosas acciones legales de nulidad que se pueden ejercer para impugnar actos administrativos, cualquiera que sea su denominación, si reclamación, apelación, etc.¹⁸.

Por otra parte, la Administración ni siquiera necesita acudir a esta pretendida presunción de legalidad para ejecutar sus actos porque puede hacerlo siempre pero en la medida que su actuación sea de acuerdo con lo que ha establecido el ordenamiento, es decir adecuando su actuar a la Constitución. Y así, si se trata de exigir a un destinatario el cumplimiento de un determinado acto administrativo, habrá de estarse a si este le ha impuesto una prestación de dar, hacer o no hacer (según lo hemos desarrollado en trabajo citado en nota 11 precedente).

6. ¿UNA ANTINOMIA? PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD E INVALIDACIÓN

Otro punto que hay que abordar y que no deja de ser muy importante para demostrar la ausencia de fundamento racional que tiene el afirmar la presunción de legalidad de los actos administrativos, es que si, por mera hipótesis, se la admitiera no cabría sostenerse –como se hace habitualmente incluso por dictámenes contralores y fallos judiciales– que un acto administrativo pudiera ser dejado sin efecto por la misma autoridad que lo emitió alegando que con posterioridad se dio cuenta que es ilegal, que se

¹⁷Vid. Aleluya o miserere, cit. en nota 13 precedente.

¹⁸Vid. G. Delgado Bravo, Algunas consideraciones acerca de la presunción de legalidad de los actos administrativos en contencioso administrativo de nulidad y responsabilidad patrimonial, en *Ius Publicum* 42/2018, 129.147, espec. 139-143, con bibliografía.

equivocó, que cometió un error. En otros términos, alegando que cometió una infracción a Derecho, por sí y ante sí, lo deja sin efecto, y con efecto retroactivo, y olvidándose (pasando más bien de largo, sin importarle), que el acto que invalida ha producido efectos jurídicos en su destinatario, sea un acto de beneficio, o incluso un acto sanción¹⁹.

Si por el simple hecho de dictarse un acto administrativo (sea que haya sido con toma de razón o exento) se afirma que goza del manto de conformidad a Derecho, no aparece procedente que la misma autoridad (y tampoco su superior jerárquico, si lo tuviere) diga lo contrario, por sí y ante sí, y simplemente lo “invalida”, por su simple afirmación de ser, según su propia decisión, contrario a Derecho. Eso atenta en contra del más elemental sentido de justicia, y de justicia natural, además de violar no solo normas constitucionales sino principios elementales de derecho, de antigüedad infinitesimal. Por desgracia, la Contraloría en su momento cuando aparece esta presunción y también en época posterior parece olvidar que el acto administrativo produce efectos jurídicos, pues para eso se dicta, y esos efectos son derechos que se incorporan al patrimonio del destinatario (artículo 19 N° 24 inciso 1°, esos derechos son “bienes incorpóreos”, en el lenguaje constitucional) y, por tanto, son adquiridos por él, cierto que en la medida de estar de buena fe, esto es no haber sido parte en la comisión del error del autor del acto en cuestión. Pero ello es competencia del juez, es materia de “reserva judicial” y no del propio autor del acto en ejercicio de autotutela declarativa (e incluso ejecutiva si pretende llevarlo a cumplimiento).

Nos parece sorprendente que el propio organismo contralor ya en 1973 haya dictaminado que esta presunción de legalidad de los actos administrativos tomados razón por él –que él mismo había creado por vía jurisprudencial– es “sin desmedro que puedan ser invalidados” por la misma autoridad que lo emitió si ocurre que se da cuenta que lo dictó en contrariedad a Derecho. Pero ¿no se ha afirmado, acaso, que por la

¹⁹Sobre “invalidación” en nuestro derecho administrativo *vid.* nuestros Invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno, en *RDJ*, t. 85/1988, Primera Parte, Sección Derecho, 157-167; Invalidación de los actos administrativos, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16/1989, 475-485; Sobre la autotutela de la Administración, la jurisprudencia judicial, en *La Semana Jurídica* N° 38/30.7-58.2001, 5; La intangibilidad de los permisos de construir. ¿Es posible dejarlos sin efecto por vía administrativa?, en *Ius Publicum* 19/2007, 127-131; Invalidación de los actos administrativos y certeza jurídica-estabilidad en Chile. A propósito del artículo 53 inciso 1° de la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, en *Administración y Derecho* (coord. E. Soto Kloss). Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho-La Ley-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 283-297; y tener presente nuestros La noción de acto administrativo en el derecho chileno. Una visión sustancial, en *Revista de Derecho Público* 60/1996, 85-97, también en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2012, 281-291, y Derecho público y derechos adquiridos, requiem para una inepica doctrinaria, en *RDJ* t. 81/1984, Primera Parte, Sección derecho, 87-96.

toma razón contralora tiene una presunción de ser conforme a Derecho? Quiere decir, entonces, que “la toma de razón no es un elemento que atestigüe que es conforme a Derecho el decreto o resolución sujeto a este trámite procedimental de juridicidad”, si la misma Contraloría afirma que a pesar de ello el propio autor del acto puede y debe dejarlo sin efecto (D 8099/1973, repetido entre muchos, v. gr., 26.637/1997, 34.186/2004, 38.395/2011, etc.). Qué mayor argumento –dado por la propia Contraloría, creadora de esta presunción de legalidad– para demostrar que este artificio carece de toda fundamentación racional.

¿Qué sentido puede tener afirmar una tal presunción como principio (artículo 3º, inciso final Ley Nº 19.880) si al mismo tiempo se afirma que la misma autoridad administrativa que ha emitido un acto la puede destruir, por sí y ante sí, alegando con posterioridad que dicho acto es contrario a Derecho? Habrá de convenirse que carece ello de sentido, no solo por lo dicho sino además porque desde que produjo efectos jurídicos ese acto, la autoridad que lo emitió “queda desasida” como para volver sobre sus propios actos, porque ha producido efectos en un destinatario, que son protegidos por la propia Constitución. No puede olvidarse que rigen aquí principios de Derecho tan insoslayables como el *venire contra factum proprium non valet, nemo allegans propriam turpitudinem, nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriae, quam patere fecisti*, y el básico de la *bona fide*. Y que se resume en algo tan elemental en un régimen de derecho como es el respeto de los derechos adquiridos, que nuestra Constitución consagra de modo expreso, como veíamos (artículo 19 Nº 24, inciso 1º, “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”, y los efectos jurídicos de los actos administrativos son precisamente “bienes incorporales”).

7. ¿TIENE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL?

El Tribunal Constitucional en el Rol 5.600, sentencia del 7.1.2020, considerando 17, sostiene que esta presunción tiene su fundamento en la misma Constitución, tal vez para darle mayor solidez al artículo 3º, inciso final, de la Ley Nº 19.880, cuya inconstitucionalidad se alega por parte del actor en dicha causa. Esa fundamentación la justifica en el artículo 6º de la Constitución, que establece el principio fundamental de la “supremacía constitucional”, puesto que se dispone que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.....” (inciso 1º). En tal virtud, el fallo referido concluye que dado que deben sujetarse a dichas normas, los actos que dictan son conformes a Derecho. No dudo en afirmar que me daría vergüenza intelectual firmar tal proposición, porque además de constituir una petición de principios, es de una ingenuidad impropia de la más alta magistratura constitucional de

la República. La disposición constitucional es un “imperativo” que cumplir por todo órgano del Estado, sea administrativo, legislativo o judicial o contralor, cuando actúe, pero en caso alguno significa que porque así lo estipule el constituyente, todo lo que hagan esos órganos es conforme a Derecho; resulta insólita tal afirmación, desde que ello importaría que son enteramente inútiles todos los organismos de control jurídico como son la Contraloría General de la República, los Tribunales de Justicia y hasta el mismo Tribunal Constitucional...

Tanto más insólita resulta tal afirmación que parece olvidar que el artículo 7º, que sigue al 6º, inmediatamente, dispone que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (inciso 1º), a lo que agrega su inciso 3ª el famoso “cierre del sistema”: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo...”. Lo que indica con meridiana claridad que los actos de los órganos del Estado son conformes a Derecho solo, única y exclusivamente, en la medida que sean conformes con la Constitución, o sea cumplan con los requisitos esenciales para su validez jurídica, como son los que establece el inciso 1º recién transcrito, y ello lo declarará no el mismo autor del acto (lo que sería una muestra de orgullo imperial inaceptable en una república), sino el juez en un debido proceso, con audiencia del afectado que lo impugna por ser contrario a Derecho.

De allí que estas normas fundamentales no dan asilo alguno a la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos, como es el caso que analizamos.

* * *

Para terminar, qué mejor tomar el título que el profesor Aróstica Maldonado dio allá por 1991 a un trabajo suyo, hoy clásico, al tratar del tema, y preguntarnos “¿Qué queda de la presunción de legalidad?”²⁰. La respuesta que habrá que darse es bien escueta: nada.

²⁰En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 88/1991, Primera Parte, Sección Derecho, 1-7.

