



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Público

**NOTAS SOBRE LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA PAZ BARRIGA ALARCÓN

Profesor guía: Carlos Carmona Santander

Santiago, Chile

2012

Tabla de contenidos

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I:	4
“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN CHILE”	4
1. Concepto de acto administrativo.	4
2. Inserción de la presunción de legalidad en la Ley N° 19.880.	6
3. Concepto y clasificación de las presunciones.	7
4. La presunción de legalidad del acto administrativo.	8
5. La presunción de legalidad del acto administrativo en Chile.	15
CAPÍTULO II:	20
“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	20
1. Alemania.	20
2. España.....	25
3. Italia	28
4. Argentina	30
5. Colombia.....	32
6. México	35
7. Uruguay	38
8. Cuadro resumen	39
CAPÍTULO III:	41
“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA COMPARADA”	41
1. Europa.....	41
1.1 Italia.	41
1.2 Alemania.....	47
1.3 Francia	51
1.4 Inglaterra.....	54
1.5 España.....	56
2. Latinoamérica	70

2.1 Argentina	70
2.2 Brasil.....	77
2.3 Colombia	79
2.4 Uruguay	83
3. Conclusiones generales.....	85
CAPÍTULO IV:.....	87
“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA NACIONAL”	87
1. Durante la Constitución Política de la República de 1925	87
1.1 A propósito de la ejecutoriedad del acto administrativo.	89
1.1.1 Juan Antonio Iribarren.....	89
1.1.2 Manuel Jara Cristi.....	90
1.1.3. Enrique Silva Cimma.	91
1.1.4 Hugo Olguín Juárez.....	92
1.1.5 Mónica Madariaga Gutiérrez.....	93
1.2 A propósito de la toma de razón.	95
1.2.1 Guillermo Varas C.....	96
1.2.2 Enrique Silva Cimma.	96
1.2.3 Mónica Madariaga Gutiérrez.....	97
1.3 Postura del profesor Patricio Aylwin.....	98
1.4 Recapitulación.	99
2. Durante la Constitución Política de la República de 1980 y hasta el año 2003.	101
2.1 Enrique Silva Cimma.....	101
2.2. Mónica Madariaga Gutiérrez.	103
2.3 Juan Carlos Ferrada Bórquez.	104
2.4 Iván Aróstica Maldonado.....	106
2.5 Hugo Caldera Delgado.....	107
2.6 José Ignacio Martínez Estay	109
2.7 Recapitulación	109
3. Después de la dictación de la Ley N° 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo.....	112
3.1 Luis Cordero Vega.....	113
3.2 Claudio Moraga Klenner.	114
3.3. Pedro Aguerrea Mella.....	115
3.4 Jorge Bermúdez Soto.....	115
3.5 Viñuela Hojas	117
3.6 Eduardo Soto Kloss.	118
3.7 Beatriz Riveros de Gatica.	119
3.8 Jaime Jara Schnettler.	121
3.9 Gabriel Bocksang Hola.....	121

3.10 Recapitulación	122
4. Conclusiones generales	123
CAPÍTULO V:	129
“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA”	129
1. Ante el Tribunal Constitucional	129
2. Ante los tribunales ordinarios	134
2.1 Cortes de Apelaciones	135
2.2 Corte Suprema	140
3. Ante la Contraloría General de la República	142
3.1 Durante la Constitución Política de 1925	142
3.2 Durante la Constitución Política de 1980	146
3.3 Después de la dictación de la Ley N° 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo.	149
4. Recapitulación.....	153
CONCLUSIONES.....	157
BIBLIOGRAFÍA.....	171

Resumen

El objetivo de esta investigación es estudiar a fondo la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Para ello se estudia la legislación comparada de procedimientos administrativos. En Chile se dictó la ley de la materia sólo en 2003, por lo que debemos estudiar si esta es la tendencia a nivel mundial. Asimismo, debemos conocer si la presunción de legalidad ha sido consagrada a nivel legal, qué sanciones existen para los actos ilícitos, y qué facultades se le otorga a la Administración de cada país en esta materia.

Luego, se estudia a la doctrina comparada. No todos los países contemplan la existencia de la presunción de legalidad, por lo que debemos estudiar qué fundamento entregan los autores en Europa y en Latinoamérica para ella en el caso que se la reconozca. Del mismo modo, es importante saber cómo han surgido estas ideas en otros países, considerando que en Chile nació gracias a un dictamen de la Contraloría General de la República.

Posteriormente, se estudia todo lo que ha señalado históricamente la doctrina chilena, clasificándola en dos distintas etapas: durante la vigencia de la Constitución Política de 1925 y durante la vigencia de la Constitución Política de 1980. En este último caso, se distingue entre antes y después de la dictación de la Ley N° 19.880.

Finalmente, se estudia la jurisprudencia nacional en la materia. Siendo en Chile la presunción de legalidad una creación contralora, lo señalado por esta entidad reviste de gran importancia, en especial si durante muchos años fue la única fuente de la misma. También se estudia lo señalado por el Tribunal Constitucional. Si se ha acusado a esta institución de inconstitucionalidad, será este el órgano que tenga la última palabra en la materia. Asimismo, se estudia lo señalado por los tribunales ordinarios, como garantes últimos de los derechos de los ciudadanos frente a posibles abusos efectuados por la Administración en el ejercicio de sus facultades.

INTRODUCCIÓN

Poco se habla en Chile de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Esta institución comenzó a ser aplicada en nuestro país a mediados del siglo pasado por un dictamen de la Contraloría General de la República, que dispuso que todo acto administrativo que hubiese sido examinado en su legalidad y tomado de razón por ella, gozaba de una presunción de legalidad de su contenido, siendo obligatorio para todos los funcionarios administrativos en un principio, y para la ciudadanía en general con posterioridad¹. A pesar de ser en la actualidad un importante efecto del que gozan todos los actos emanados de los órganos de la Administración, no existe en nuestro país un estudio acabado del tema. Aun cuando después de la dictación de la Ley N° 19.880 ha aumentado el número de autores que hace referencia al tema, ésta no es la regla general. Son muy pocos aquellos que dedican la atención suficiente para producir un estudio algo más profundo de la presunción que sólo mencionar brevemente en qué consiste y que es un efecto de la toma de razón o de la ley, de acuerdo al momento en que haya sido escrita la obra. No existe, en consecuencia, ningún trabajo dedicado en exclusiva a la presunción de legalidad fuera de aquellos que la critican, postura liderada en nuestro país por Eduardo Soto Kloss, quien la considera “inconstitucional” e, incluso, un “resabio monárquico”.

Este trabajo recopila, estudia y compara las distintas visiones que hay en el tema en los distintos escenarios posibles, nacionales y extranjeros. Sólo mediante el estudio acabado de todos los antecedentes disponibles, podremos entender correctamente la verdadera importancia y rol que juega la presunción de legalidad en nuestro país y en el mundo.

Pero, para ahondar en el tema, es necesario comenzar diciendo qué es la presunción de legalidad, cuáles son sus características y efectos, cómo ha sido su evolución en nuestro país, de qué modo puede ser dejada sin efecto y las distintas fuentes legales que la han regulado. El Capítulo I realiza esta tarea, explicando en términos sencillos qué es una presunción, en qué consiste la presunción de legalidad de los actos administrativos y analiza los aspectos fundamentales que la Ley N° 19.880 ha regulado respecto de ella.

¹ Dictamen N° 49.825 de 1964.

Siendo la presunción de legalidad una institución importada de otros países, debemos continuar con el estudio de lo señalado en ellos sobre el tema. ¿Es una creación legal o doctrinaria? ¿Qué fundamentos dieron para su creación? ¿Cuál es la extensión con la que cuenta? ¿Se critica su utilización en otras latitudes? Para responder estas interrogantes, estudiaremos la legislación comparada en el Capítulo II y la doctrina comparada en el Capítulo III. Ambos capítulos se abocan a los escenarios existentes en distintos países de Latinoamérica y de Europa, con especial atención a los fundamentos dados, las opciones tomadas y las posibilidades de las personas de impugnar la presunción de legalidad, si existiese, o de proteger adecuadamente los derechos que la Administración puede lesionar mediante sus actos.

En nuestro país, la presunción de legalidad cuenta con más de medio siglo de existencia, teniendo como marco jurídico dos diferentes Constituciones y una ley de bases de procedimiento administrativo que la regula. ¿Han influido estos distintos marcos en la discusión de la materia? ¿Es Soto Kloss la culminación de una serie de autores que han criticado a la presunción de legalidad? Para entender mejor el contexto, es importante conocer la opinión que los distintos autores han tenido a lo largo de los años, ver cómo ésta ha variado y cuáles han sido los factores que han influido en dichos cambios. ¿Es mayoritaria o no la opinión contraria a la existencia de la presunción de legalidad? ¿Cuáles son las principales críticas realizadas desde la doctrina? Este punto será abarcado en el Capítulo IV.

Igualmente importante es la opinión que los diferentes tribunales de nuestro país pueden tener en la materia. Esta materia será abordada en el Capítulo V, el que será dividido en tres partes, de acuerdo al tribunal estudiado. El Tribunal Constitucional es quien finalmente evalúa la constitucionalidad de las normas, entre las que debe incluirse el artículo 3 de la Ley N° 19.880. Su opinión presenta especial relevancia en la materia. El regirse por distintas Cartas Fundamentales, puede representar un cambio en su postura, al igual que las importantes reformas llevadas a cabo el año 2005, que le otorgó más potestades y, para nuestro estudio, más oportunidades de pronunciarse sobre la materia. La opinión de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema son igualmente importantes. Como los máximos tribunales del país, y ante la inexistencia de tribunales contencioso-administrativos, son ellos los encargados de zanjar las disputas que puedan producirse entre la Administración y los particulares, y de asegurarse que la Administración no exceda los límites que la ley le ha fijado en el ejercicio de sus atribuciones. ¿Habrá algún cambio en sus opiniones por el hecho de existir una ley que otorgue sustento legal a la presunción de legalidad? Y finalmente, pero no menos importante,

debemos conocer la opinión de la Contraloría General de la República. Si la potestad en estudio es una creación contralora, la opinión de este órgano reviste una gran importancia, porque debemos recordar que sólo el año 2003 se creó una ley que regulara la materia. Esto quiere decir que fue finalmente la Contraloría la que jugó dicho rol hasta entonces, siendo finalmente la Administración la que regulara este gran beneficio de los actos realizados por ella misma. ¿Cómo fue ejercida esta importante función? ¿Hubo algún cambio cuando finalmente una ley reguló la presunción?

Sólo una vez que estemos en posesión de todos estos antecedentes, estaremos en mejores condiciones de realizar un análisis crítico de la presunción de legalidad y responder las críticas tradicionalmente formuladas por la doctrina nacional y comparada en contra de la presunción de legalidad, y/o sugerir nuevos cuestionamientos al respecto. Por tanto, en el apartado de Conclusiones, deberemos estar en condiciones de responder cuando menos las siguientes preguntas: ¿qué es la presunción de legalidad?, ¿cuál es su fundamento?, ¿cuáles son los requisitos para que nazca?, ¿de qué modo puede dejarse sin efecto?, ¿qué facultades tiene la Administración al respecto? No podemos dejar de lado la respuesta a la pregunta más relevante que podemos formular sobre la materia: ¿se justifica la existencia de la presunción de legalidad en la actualidad?

De acuerdo a este plan, comenzaremos su desarrollo a continuación.

CAPÍTULO I:
“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN CHILE”

1. Concepto de acto administrativo.

Hasta la dictación de la Ley N° 19.880, no existía un concepto único de acto administrativo. Cada autor se sintió libre de esgrimir una definición, siguiendo ciertos elementos que fueron comunes a la gran mayoría de ellos. Tenemos definiciones como “Declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo emitida en función de una potestad o competencia administrativa, por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstas”², “Exteriorización unilateral de competencias por parte de un órgano administrativo en el ejercicio de sus potestades jurídicas, para alcanzar los fines públicos específicamente entregados al órgano”³ u “Ordenación racional unilateral dictada por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa, que destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos”⁴. Reconociendo las diferentes posturas, Hugo Olgúin ha definido el acto administrativo como una “decisión o declaración que emana de los órganos administrativos formulada en el ejercicio de una potestad administrativa”⁵. Podemos apreciar como elementos comunes a estas definiciones la manifestación de voluntad, el emanar de un órgano público y la competencia que estos órganos deben tener. Soto Kloss agregó en su definición el producir efectos jurídicos y el tener una finalidad determinada; elementos, sin embargo, dichos con anterioridad por Aylwin o Caldera.

² SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”. Editorial Jurídica de Chile, 1995. P. 21.

³ CALDERA DELGADO, Hugo. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Jurídica de Chile, 1979. P. 105.

⁴ SOTO KLOSS, Eduardo. “La noción del acto administrativo en el Derecho chileno, una perspectiva sustancial”, artículo publicado en “Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos: conferencias Santo Tomás de Aquino / organizada por la Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino”, Universidad Santo Tomás, 2003. P. 36.

⁵ OLGUÍN JUAREZ, Hugo. “Extinción de los actos administrativos”. Editorial Jurídica de Chile, 1961. P19.

La Ley N° 19.880 ha llenado este vacío conceptual, optando por definir los actos administrativos como “*las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*” (artículo 3 inciso segundo). Esta visión del acto administrativo como decisiones o resoluciones se refuerza con los artículos 8, (*Principio conclusivo. Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad*); 14 inciso primero (*Principio de inexcusabilidad. La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación*); y 41 inciso primero (*Contenido de la resolución final. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados*) de la misma ley.

Lo relevante es que los actos administrativos son decisionales, porque resuelven. Recordemos que la definición la da la ley para los efectos de regular el procedimiento administrativo. En esa lógica, el acto terminal es siempre una resolución que “decidirá las cuestiones planteadas por los interesados” (artículo 41).

Esta visión acotada del acto administrativo se contrapone a una visión más amplia que la misma ley entrega. Para ella, son también actos administrativos “*los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias*”.

Dicha concepción es relevante para dos efectos. Por una parte, para hacer la clásica distinción entre actos que deciden y los que no. Estos últimos pueden ser actos de juicio o de constatación. Por la otra, porque la ley considera actos administrativos, a pesar de que no deciden, a ciertas manifestaciones de voluntad.

En esta visión más amplia de acto administrativo tampoco se considera si produce efectos dentro o fuera de la administración.

Esta lógica también se explica por la naturaleza procedimental de la Ley N° 19.880. Una ley de este tipo no podía dejar fuera a los actos trámite, que es donde se insertan aquellos actos como los dictámenes.

En todo caso, la opción de la Ley N° 19.880 de definir el acto administrativo no responde a una tendencia clara en la legislación comparada. Como estudiaremos en el siguiente Capítulo, no todas las leyes de procedimiento administrativo definen el acto administrativo, y las que lo hacen no tienen un elemento unificador que podamos resaltar. Tampoco consideran como actos administrativos los actos internos de la Administración.

2. Inserción de la presunción de legalidad en la Ley N° 19.880.

La Ley N° 19.880, a pesar de ser una ley de procedimiento administrativo, contiene toda una concepción del acto administrativo.

En efecto, ya vimos cómo entrega una definición del mismo. También la ley se preocupa de consignar los elementos del acto administrativo. Así, desde la perspectiva del órgano que las emite, se establece la competencia para dictarlo (artículo 3° inciso segundo y 14 inciso segundo) y la independencia que debe tener el funcionario que interviene en él (artículo 11 y 12). En relación a los elementos objetivos, la ley regula o se refiere a varios de ellos, pues se refiere a los hechos, (artículo 60 b), 35); a los motivos (artículo 41, 35), al fin (artículo 41). Respecto de los elementos formales, la ley permite los medios electrónicos (artículo 5° y 19) y establece un procedimiento común y supletorio (artículo 1° y 18 inciso segundo).

Además, la Ley N° 19.880 permite delinear las características del acto administrativo, pues aborda la imperatividad (artículo 3°), la estabilidad (artículo 53 y 60), la irretroactividad (artículo 52), la impugnabilidad (artículo 15).

Asimismo, la ley clasifica los actos administrativos. Así, distingue entre actos favorables y desfavorables (artículo 11); de trámite y definitivos (artículo 15 y 41); de efectos generales y particulares (artículo 45 y 48); firmes e impugnables (artículo 60); de decisión, de juicio y de constatación (artículo 3°).

Del mismo modo, la ley se preocupa de establecer los efectos del acto administrativo, pues establece la ejecutoriedad (artículo 3°, 50, 51 y 57) y la presunción de legalidad (artículo 3°).

Finalmente, la ley se preocupa de establecer toda una teoría de los vicios del acto administrativo. Desde luego, porque regula los requisitos para que prospere: esencialidad

(artículo 13) y el perjuicio (artículo 13 y 57). También porque regula sus características: son corregibles (artículo 10 inciso segundo y 56), el vicio de un acto no afecta el procedimiento (artículo 53) y su existencia no suspende la aplicación del acto (artículo 9 inciso final y 57). Y establece toda una tipología de vicios, asociados a los elementos del acto que recién señalamos. Así, a la exigencia de que el órgano sea competente para resolver, se asocia el vicio de incompetencia; y al establecer que la resolución que pone término al procedimiento debe ser fundada, se establece la incongruencia, la insuficiencia o la falta de motivos.

Como se observa, la ley tiene toda una teoría del acto administrativo. Y es en ese marco, donde se inserta la presunción de legalidad del acto.

3. Concepto y clasificación de las presunciones.

Para entender la presunción de legalidad, debemos partir por examinar lo que significan las presunciones.

La ley definió tempranamente el concepto de ‘presunciones’, datando ésta de 1857, con la entrada en vigencia del Código Civil. El artículo 47 señala:

“Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

El inciso I de este artículo entrega los elementos comunes a toda presunción: hecho conocido, operación lógica y hecho presumido. Esta estructura tendrá especial relevancia en la presunción de legalidad del acto administrativo, que estudiaremos en el siguiente apartado.

De lo señalado en el inciso II, la primera gran clasificación de las presunciones es de acuerdo a la fuente de la que emana la presunción: la ley, y entonces se denominan

presunciones ‘legales’; y las que son creadas por el juez, como un medio de prueba dentro del proceso, las que se llaman presunciones ‘judiciales’ y se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil.

La siguiente clasificación realizada, y probablemente la más importante, es aquella que atiende a la posibilidad de desvirtuar la presunción, distinguiendo entre presunciones simplemente legales y de derecho. Las primeras son aquellas que sí admiten prueba en contrario, como lo señala el inciso III; y las segundas, aquellas en que la ley expresamente rechaza esta prueba, como también lo señala dicho inciso. Aquí podemos apreciar que las presunciones simplemente legales son la regla general, porque para que exista una presunción de derecho ésta debe ser expresamente establecida por ley. Esta circunstancia hace que este segundo tipo de presunciones sean especialmente escasas, como la presunción de conocimiento de la ley una vez que ésta haya entrado en vigencia (art. 8 del Código Civil) o la norma que indica que los libros contables hacen fe contra el comerciante que los lleva, sin que se admita prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos (art. 38, Código de Comercio).

4. La presunción de legalidad del acto administrativo.

Un segundo elemento relevante para entender la presunción de legalidad, es que los autores no la denominan de igual forma. Esto no es una casualidad ni obedece a variables prescindibles, como observaremos.

Por ahora, constatemos cómo la denominan algunos autores nacionales.

Patricio Aylwin	Derecho administrativo, tomo II, Editorial Universitaria, 1959, p. 96	“presunción de legitimidad”.
Enrique Silva Cimma	Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995, p. 121	“presunción de validez”
Mónica Madariaga	Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1996, p. 97	“presunción de regularidad jurídica o de legitimidad”
Pedro Aguerrea Mella	Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley N° 19.880, en Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos. Conferencias. Universidad de Santo Tomás; Ediciones Universidad de Santo Tomás, Santiago 2003, p. 46	“presunción de legalidad.”
Jorge Bermúdez Soto	Derecho administrativo general; Editorial Abeledo Perrot, 2° edición, 2011, p. 124	“presunción de legalidad.”

Una tercera variable para entender la presunción de legalidad, es la manera en que la ha definido la doctrina. Más adelante volveremos en detalle sobre los matices que se observan en esas concepciones.

En el siguiente cuadro puede constatarse un panorama en la materia.

Doctrina nacional

Patricio Aylwin	Derecho administrativo, tomo II, Editorial Universitaria, 1959, p. 96	“Que el acto se presuma legítimo significa que, mientras no se declare su ilegitimidad, surte los efectos legales cuando ha nacido a la vida del derecho y debe ser tenido como válido.”
Enrique Silva Cimma	Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995, p. 121	“Es un efecto normal del acto; subsiste mientras no se declare lo contrario, sea por vía jurisdiccional o por vía administrativa.”
Mónica Madariaga	Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1996, p. 97, 108, 123	“Significa que los actos deben cumplirse en cuanto se presume que son legítimos, al emanar de una autoridad regularmente constituida”. “Provee la certeza en la aplicación de las normas en cuanto permite el inmediato cumplimiento del acto administrativo, impidiendo toda dilación o suspensión de su obligatoriedad debida al ejercicio de un recurso interpuesto en su contra por un particular.” “No cesa hasta tanto no se demuestre lo contrario”:
Pedro Aguerrea Mella	Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley N° 19.880, en Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos. Conferencias. Universidad de Santo Tomás; Ediciones Universidad de Santo Tomás, Santiago 2003, p. 46	“Se presume que el acto administrativo dictado por una autoridad en apariencia competente y conforme a las formalidades correspondientes, es ajustado a derecho, de modo que quien pretende impugnarlo, deberá demostrar que este acto en realidad no se ajusta al ordenamiento, no se ajusta a derecho, no se ajusta a la ley, cualquiera sea la amplitud con que queramos concebir esta presunción.”
Jorge Bermúdez Soto	Derecho administrativo general; Editorial Abeledo Perrot, 2° edición, 2011, p. 124	“Los actos administrativos son legales mientras no se diga lo contrario por el juez o por la propia administración del Estado... esta presunción de legitimidad del acto administrativo permite su ejecución desde luego por la propia administración en uso de sus poderes de autotutela.”

La doctrina española

José García-Trevijano Fos	Los actos administrativos, 2 ^o edición, Editorial Civitas, Madrid 1991, p. 103.	“El carácter de presunción legal tiene su importancia procesal, ya que invierte la carga de la prueba; la persona que tiene a su favor una presunción adopta una posición más cómoda que otra que no la tenga, ya que no tiene por qué probar aquellos hechos incluidos en la esfera de la presunción. Esto significa que el recurrente, ante un tribunal contencioso-administrativo, deberá probar la ilegitimidad del acto pero no por el juego de la carga de la prueba, sino porque la parte demandada (de la que procede el acto) goza de dicha presunción.”
Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández	Curso de derecho administrativo, 11 edición, Editorial Civitas, Madrid 2002, p. 579	“Se trata de una presunción iuris tantum de validez, que permite al acto desplegar todos sus posibles efectos en tanto no se demuestre su invalidez y que traslada, en consecuencia, al particular la carga de impugnarlo, en la vía administrativa o contencioso-administrativa, según proceda, si quiere obtener su anulación y frenar su eficacia... Se trata de una presunción operante solamente en tanto no se demuestre y se declare la invalidez del acto. ... Para que la presunción de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad”.
Raúl Bocanegra Sierra	Lecciones sobre el acto administrativo; Editorial Civitas 2002, p. 112	“Presunción de validez implica, simplemente, trasladar la carga de la impugnación al particular. A diferencia de lo que sucede con los actos nulos, en donde la nulidad implica la ineficacia, no parece, en efecto, que deba alegarse eficacia a los actos anulables, cuya convalidación, aún tratándose efectivamente de actos inválidos, está prevista por el ordenamiento como un efecto del mero transcurso del tiempo, al atribuirse su invalidación a la voluntad de aquellos en cuyo interés se establece la sanción de anulabilidad.”
Santiago Muñoz Machado	Tratado de derecho administrativo y derecho público general; Editorial Iustel., Madrid 2011, p. 81.	“La presunción de validez significa que la ley estima que, ordinariamente, los actos administrativos se adecuan a la legalidad, salvo que se demuestre lo contrario.”
Manuel Rebollo Puig	La presunción de validez; en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 128, octubre-diciembre 2005, p. 587 y siguientes.	“Es la cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados. El deber nace, por tanto, del ordenamiento jurídico, no del acto, no de cada acto.... dicha presunción sólo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación... la presunción se mantiene en tanto el acto no sea anulado.”

La doctrina argentina

Manuel María Diez	Derecho administrativo; Editorial Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1965, p. 296	“De la presunción legal relativa de legitimidad del acto administrativo, deriva la posibilidad de que produzca las consecuencias jurídicas que le son propias, a pesar de que tenga vicios. Las consecuencias, los efectos que surgen de este acto, son legítimos. Para llegar a esta solución se ha considerado que el acto inválido está dotado de una validez provisional, que puede transformarse en definitiva si el acto no se invalidare.”
Bartolomé Fiorini	Derecho administrativo; tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, p. 348-349	“Todos los actos de derecho público, de cualquier clase que fueren, llevan impresa la presunción de su validez jurídica inmediata, sin necesidad de que lo establezca una norma expresa... esta presunción de legitimidad no expresa un valor absoluto, por lo mismo que es una presunción; es decir, que sólo supone la existencia válida legalmente del valor asegurado.... La presunción de validez jurídica se considera iuris tantum, es decir, como supuesto de valor jurídico entendido y pasible de ser impugnado por los interesado... La presunción de legitimidad de los actos jurídicos administrativos, se extiende a todas sus consecuencias jurídicas, cualquiera que fueren, a fin de asegurar su realización inmediata dentro del orden jurídico.”
Miguel Marienhoff	Tratado de derecho administrativo; tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, p. 372	“Consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales.... En mérito a tal presunción, no es necesario que la legitimidad de dichos actos sea declarada por la autoridad judicial. ... quien pretenda la ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente.”
Juan Carlos Cassagne	El acto administrativo; Abeledo Perrot, Buenos Aires 1981, p. 326	“Es una de las prerrogativas hacia fuera de que dispone la administración... en virtud de ella se presume que el acto administrativo ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico, es decir, con arreglo a derecho. Según la jurisprudencia argentina, la presunción de legitimidad produce dos consecuencias importantes: la prohibición de que los jueces decreten de oficio la invalidez del acto administrativo y la necesidad de alegar y probar su ilegitimidad”.

La doctrina italiana

Guido Zanobini	Curso de derecho administrativo; Ediciones Arayú, Buenos Aires 1994, p. 374.	“El particular, que debe hacer ejecutar coactivamente un acto jurídico, debe demostrar su legitimidad. Para esto, tiene necesidad de un previo acto del juez, que certifique y declare la legitimidad de su pretensión. El acto administrativo, en cambio, se presume legítimo y por lo tanto tal acción declarativa no es para él necesaria. Tratándose de presunción relativa, se admite prueba en contrario, pero la formación de tal prueba no puede retardar la ejecución del acto.”
----------------	--	---

De este modo, la presunción de legalidad del acto administrativo es un privilegio del que goza la Administración en virtud del cual todo acto realizado por ella se considera ajustado al ordenamiento jurídico tanto en su forma como en el fondo. Se ha usado como fundamento para justificar el hecho de que la Administración pueda ejecutar por sí misma sus actos, sin caberle a los afectados la posibilidad de oponerse a su cumplimiento. Es también por el hecho de presumirse válidos, que la regla general es que los actos administrativos no suspenden su ejecución por la mera interposición de un recurso en su contra, debiendo decretarse expresamente la suspensión basándose en circunstancias excepcionales para que esto ocurra. Es carga del administrado el impugnar su validez ante la misma Administración o los tribunales de justicia y aportar la prueba necesaria que acrediten los vicios presentes en el acto tachado de ilegal. Por tanto, no se exige a la Administración realizar prueba alguna que acredite el acatamiento de las normas procedimentales y dispositivas que le permitieron realizar el acto. Sólo una vez que el acto sea declarado nulo por la misma Administración o por un tribunal, el acto ya no es considerado válido y deja de producir efectos.

La presunción de legalidad del acto administrativo propiamente tal fue concebida a principios del siglo XX, en Italia. Mediante su concepción pretendía explicarse el porqué los actos de la Administración gozan de ejecutoriedad, a diferencia de los actos de privados. Es por ello que en Chile a mediados del siglo pasado aun podía encontrarse referencias a la presunción de legalidad al estudiar la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Sobre la estructura de la presunción mencionada anteriormente, muy poco se ha dicho. ¿Cuál sería aquí el hecho base que permite presumir que todos los actos emanados de la Administración son válidos? ¿Qué argumentos se han esgrimido para justificar una presunción

de legalidad propiamente tal? Han existido muchos esfuerzos en este aspecto, los que estudiaremos en el Capítulo III, de acuerdo al país en que han sido utilizados. No obstante, podemos adelantar que, el primero señalado fue que al perseguir el bien común en vez de egoístas fines personales, la Administración debía contar con privilegios por sobre las personas al realizar su labor, para evitar que los ciudadanos se nieguen a cumplir las cargas que los actos administrativos puedan imponerle. Otra explicación ofrecida fue que todo acto emanado del Estado debe presumirse legítimo, no sólo los que emanen del Poder Ejecutivo. Se presumirían también válidas entonces las leyes y las sentencias judiciales. Un tercer argumento dado fue que al dictar un acto administrativo, se ha seguido un procedimiento regulado, que contempla una serie de garantías que permiten considerar razonablemente que los actos no presentan ningún vicio relevante y que permitiría que éstos se presuman válidos. No queda muy claro entonces cuál es el hecho base que permite llevar a cabo la operación lógica que termina significando que todo acto administrativo deba presumirse válido. Debemos ver en el estudio efectuado sobre la situación de cada país si este hecho cambia, o si la presunción de la que hablamos es distinta a las presunciones en general.

La presunción de legalidad es concebida sin excepción como una presunción simplemente legal, es decir, admitiendo prueba en contrario. No obstante esta unanimidad, se reconoce que al existir sólo un medio para destruirla, la declaración de nulidad por parte del órgano administrativo o judicial que corresponda, sería una clase especial de presunción simplemente legal, con un mayor estándar para ser desvirtuada. Se ha dicho entonces que uno de los efectos de la presunción es imponer al administrado la carga de accionar y acreditar la ilegalidad del acto administrativo que pretende impugnar. A pesar de la unanimidad en la caracterización de la presunción de legalidad como una simplemente legal, existen otros factores que deben ser tomados en cuenta para efectos de impugnar el acto, como el plazo. En efecto, la mayoría de las legislaciones comparadas señala un plazo fatal para la interposición de recursos en contra de un acto determinado en virtud del resguardo que la seguridad jurídica merece, después del cual a pesar de ser una presunción simplemente legal, no admitirá probanza alguna tendiente a destruirla. Otra posibilidad que hay que considerar son los efectos que el acto administrativo viciado pueda haber causado en terceros. Habrá ocasiones en que a pesar de que se alegó y demostró que un acto adolecía de un vicio de ilegalidad, no será posible dejarlo sin efecto porque ha conferido derechos a favor de terceros de buena fe, y en consideración a ella (y/o su confianza legítima en la actividad de la Administración) no es posible retirar el acto. Y finalmente, pero no menos importante, debemos considerar los medios que la legislación pone

a disposición de los ciudadanos para poder desvirtuar la presunción de legalidad. Este no es un tema menor, pues aunque todos acepten que la presunción de legalidad es una simplemente legal, si no existen acciones tendientes a probar lo contrario, en los hechos no será más que una presunción de derecho.

Otro problema que se plantea respecto a la presunción de legalidad es que en virtud de ella, la Administración puede ejecutar actos que adolezcan de vicios graves de nulidad, pues aun éstos deberían presumirse válidos. Es por ello que varios de los autores que estudiaremos establecen requisitos básicos para que pueda surgir la presunción de legalidad, exigiendo en la mayoría de los casos al menos la ‘apariencia’ de un acto. Sin embargo, también veremos que la mayoría de las leyes no realiza esta salvedad y suele señalar la genérica formulación de que los actos de la Administración se presumen legítimos, por lo que siempre cabrá la posibilidad de que se exija el cumplimiento de actos que puedan ser manifiestamente ilegales, debiendo confiar entonces en la prudencia y buen juicio de las personas a cargo.

También se ha criticado que la Administración tenga la facultad de dejar sin efecto sus propios actos, a pesar de la presunción de legalidad. ¿Por qué los administrados deben respetar el acto y la Administración no tiene igual deber? No obstante ello, todas las leyes de procedimiento administrativo conceden a la Administración esta facultad. Se critica aun más en caso de que el retiro del acto sea producto de nuevas estimaciones de mérito u oportunidad, y no por vicios de legalidad que sean detectados en controles posteriores a la emisión del acto. Afortunadamente en caso de retiro por cambio en la valoración de la utilidad del acto administrativo, la ley suele establecer mayores límites a la facultad administrativa, siendo los derechos válidamente adquiridos por terceros el más común a ellos.

La presunción de legalidad pone a los jueces, sean administrativos u ordinarios, en una importante posición de control. La jurisprudencia ha ayudado a aumentar o delimitar el poder que la presunción de legalidad pueda alcanzar en un país determinado. La jurisdicción es el gran contrapeso de la presunción de legalidad y por ello es fundamental que conozcan adecuadamente la legislación vigente. Si el efecto de la presunción de legalidad es poner en el ciudadano la carga de accionar y generar la prueba necesaria, ellos deben resguardar las reglas generales de la prueba y exigir de la Administración que pruebe lo que estima conveniente, tomando la decisión definitiva en conclusión. A pesar de esta importante función, veremos que hay países donde se le impone a los jueces una importante limitación en virtud de la

presunción de legalidad: la imposibilidad de declarar de oficio la nulidad del acto. Aunque se han señalado otros fundamentos a esta limitación, el hecho de imponer al administrado la carga de poner en movimiento el aparato jurisdiccional y generar la prueba correspondiente confirmaría esta conclusión.

5. La presunción de legalidad del acto administrativo en Chile.

La particularidad que presenta Chile respecto al resto del mundo es que el argumento de la presunción de legalidad comenzó a ser usado en primer término por la Contraloría General de la República, sin que mediara ley alguna de por medio. La Contraloría señaló que en virtud de su función constitucional de realizar un examen de la legalidad de todo acto administrativo, al tomarlo razón lo dotaba de una presunción de legalidad que debería ser respetada posteriormente. El fundamento usado aquí varía de los señalados por la doctrina comparada en general, porque la verdadera fuente de la presunción de legalidad era el examen que la Contraloría realizaba de cada decreto expedido por la Administración: la toma de razón.

Este origen fue aceptado sin muchos cuestionamientos en un principio, pero no tardaron en surgir las voces disidentes que exigían que un beneficio tan importante para los actos de la Administración fuera creado por ley y no por un simple acto administrativo como es la toma de razón por parte de Contraloría. Como veremos, son varios los países que también hicieron uso de esta presunción sin contar con una ley que los autorizara, pero también existen varios que cuentan con leyes en este sentido hace mucho tiempo.

En un principio, la Contraloría hizo aplicable la presunción de legalidad del acto administrativo sólo a quienes funcionaban dentro de la misma Administración. Fue considerado entonces un medio de control sobre los mismos empleados, de modo de evitar que éstos dilataran el cumplimiento de las órdenes dadas por sus superiores al evaluar cada uno de ellos la legalidad de cada acto que se les presentase para su ejecución. De este modo, se restringieron considerablemente los recursos de los mismos funcionarios administrativos para representar la ilegalidad de los actos, y así lograr la mayor celeridad posible en la ejecución de los actos. Al ser propio de una actividad interna de la Administración, sólo el Estatuto Administrativo contenía una acción especialmente pensada para dejar sin efecto la presunción de legalidad de la que todo acto administrativo goza. En este primer momento, no era necesario contemplar mayores recursos, pues todo funcionaba dentro de la misma

Administración. Cuando la Contraloría expandió los efectos de la presunción de legalidad a la totalidad de los administrados, surgió el problema de los medios con los que éstos contaban para poder dejar sin efecto aquellos actos administrativos que eran considerados ilegales. Aparte de la acción señalada para los funcionarios, nuestro ordenamiento jurídico vigente en esa época sólo contemplaba una acción jurisdiccional posible para atacar la ilegalidad de los actos administrativos: el recurso de ilegalidad contra los actos alcaldicios. Toda otra vía se encontraba imposibilitada por la existencia de una disposición constitucional que entregaba la competencia sobre estos asuntos a los tribunales contencioso-administrativos, los que nunca fueron creados. Por ello, buena parte de la discusión existente en este momento se centró en la posibilidad de que los jueces conocieran y se pronunciaran sobre las ilegalidades de que podrían adolecer los actos administrativos. En consecuencia, la única vía posible para atacar la presunción de legalidad era la administrativa.

El hecho de que no haya existido una ley que regulara la presunción de legalidad, dejó mucho espacio para que fuera la misma Contraloría la que regulara los efectos, alcances, características y limitaciones de este privilegio. Como es de esperar, también permitió que la Administración invalidara las actuaciones que con posterioridad fueran consideradas ilegales. Pero a pesar de la gran arbitrariedad que esto podría haber significado, debemos señalar que Contraloría respetó varios de los límites considerados en el Derecho comparado, como los derechos adquiridos de terceros o el paso del tiempo, de modo de perjudicar lo menos posible la seguridad jurídica y tratando de mantener el respeto a la legalidad en la máxima extensión posible.

La entrada en vigencia de una nueva Constitución en 1980 no cambió mucho el panorama. La nueva Carta Fundamental también hacía referencia a la existencia de tribunales contencioso-administrativos, lo que fue eliminado posteriormente, en 1989, por lo que la postura del Poder Judicial no varió mucho a ese respecto. Sin embargo, fue la introducción de la acción constitucional de protección para velar por el cumplimiento de ciertos derechos consagrados en la misma Constitución, lo que abrió nuevas formas de cuestionamiento de la presunción de legalidad, y que sin lugar a dudas era competencia de los tribunales ordinarios. Los alcances y limitaciones que presentó esta nueva vía procesal serán mayormente abordados al estudiar a los tratadistas nacionales de la época. Por ahora huelga decir que aunque este medio de acción fue aceptado por todos los actores involucrados, no tuvo las repercusiones que pudo esperarse en su momento. La limitación de proteger sólo ciertos derechos

enumerados en la misma Constitución, y los posteriores requisitos que agregó el mismo Poder Judicial para conocer y fallar estos asuntos, ayudaron a la constricción de esta vía.

Por esto, y en virtud de otorgar el mayor sustento legal posible y ayudar así a la seguridad jurídica, fueron muchas las voces que exigían la creación de una ley de procedimientos administrativos. Según el Mensaje del Ejecutivo al enviar el proyecto de ley al Congreso, esta ley buscaba mejorar los tiempos de respuesta de la Administración, de modo de hacerlos más expeditos y adecuarlos a los tiempos que la economía del país requiere, estableciendo plazos para las actuaciones y regulando la figura del silencio administrativo. Fue el senador Andrés Zaldívar quien, durante la tramitación del proyecto, propuso la introducción de un artículo que reconociese expresamente que los actos administrativos gozaban de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, lo que fue aceptado y ubicado en el inciso final del nuevo artículo 3⁶.

En mayo de 2003 entró en vigencia la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, la que entre sus principales puntos relevantes para nuestra materia señala los que estudiaremos a continuación.

En primer término, se consagró expresamente la presunción de legalidad de los actos administrativos en los siguientes términos: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”* (artículo 3 inciso final). Como podemos apreciar al leer esta disposición, no se realiza distinción alguna entre actos administrativos tomados de razón y aquellos que no. En virtud de esta norma, todo acto administrativo, por el solo hecho de serlo, goza de presunción de legalidad, aun si la Contraloría no ha efectuado ningún examen de legalidad del mismo. Esto tiene vital importancia, pues los efectos de la presunción de legalidad se aplicarán a todos los actos administrativos, con las consecuentes cargas que esto implica para los administrados: el deber de iniciar las acciones procesales pertinentes para dejar sin efecto el acto que quieren impugnar,

⁶ Historia fidedigna de la Ley N° 19.880, Biblioteca del Congreso Nacional.

y el soportar la ejecución del mismo mientras no exista una orden de suspensión, emanada de la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

Cabe resaltar que la Ley N° 19.880 reguló no sólo la presunción, sino los mecanismos de impugnación del acto administrativo.

En efecto, por una parte, reguló la facultad de invalidación por parte de la misma Administración de los actos que en un examen posterior se revelen ilegales. El artículo 53 inciso 1 señala que *“La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”*. Este artículo confirmó la postura sostenida por algunos sobre el deber de la Administración de dejar sin efecto sus propios actos cuando éstos resultasen contrarios a Derecho, por estar sometidos al principio de legalidad. Aunque la Contraloría ya había aceptado la existencia de este deber, la ley fijó las reglas para su ejercicio: previa audiencia del interesado y en un plazo que no puede superar los dos años. Es también importante señalar que la iniciativa de la invalidación puede provenir tanto del interesado como de oficio por parte de la misma Administración. Del mismo modo, el inciso tercero del artículo 53 señala que podrá impugnarse el acto invalidatorio ante los Tribunales de Justicia, en un procedimiento breve y sumario. La posibilidad de impugnar la invalidación de un acto administrativo es muy importante por cuanto no se señalan límites para ella, como el respeto a derechos adquiridos o la consolidación de situaciones que el acto invalidado habría creado. También es importante señalar que no existen causales específicas para invalidar el acto, sólo una genérica: que los actos sean contrarios a derecho. Y finalmente, es bueno señalar que el plazo en el que un particular puede solicitar la invalidación de un acto irregular es bastante amplio: dos años.

Del mismo modo la Ley N° 19.880 reguló la revocación de los actos administrativos, separadamente de la invalidación, facultando entonces a la Administración el dejar sin efecto sus actos por causas diferentes a su contravención al Derecho, sin ser señalados por la ley. En consecuencia, será la misma Administración la que decida cuándo será conveniente o no revocar sus propios actos. A diferencia de la invalidación, la revocación sí reconoce límites establecidos por ley: actos creadores de derechos adquiridos legítimamente; que la ley haya señalado otra forma de extinción del acto expresamente; o que, por su naturaleza, el acto no

pueda ser dejado sin efecto. Tampoco se señala un límite temporal para el ejercicio de esta facultad, lo que constituye otra diferencia respecto de la invalidación.

Finalmente, la ley reguló los recursos administrativos que el particular puede hacer valer para exigir que la Administración cumpla y respete sus derechos. El artículo 59 habla de los recursos de reposición y jerárquico, y el 60 y siguientes del recurso extraordinario de revisión. Como su nombre lo indica, el recurso de reposición es aquel que se presenta ante el mismo órgano que dictó la resolución administrativa que se pretende dejar sin efecto o modificar. El recurso jerárquico es aquel que se interpone ante el superior jerárquico de quien dictó la orden que se pretende impugnar. Este último puede interponerse subsidiariamente del recurso de reposición, o directamente si aquel no es utilizado. El recurso jerárquico no puede ser interpuesto en contra de actos emanados de autoridades políticas, como los Ministros de Estado, alcaldes o Jefes de Servicios descentralizados. Finalmente, el recurso extraordinario de revisión es aquel que se interpone directamente ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución que se pretende impugnar cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 60, a saber: que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento; que se haya incurrido en un error de hecho manifiesto y que este haya determinado la decisión alcanzada; la aparición de documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados a la época de la dictación del acto; que exista una sentencia ejecutoriada que declare y que la decisión se obtuvo mediante prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios que fueron declarados falsos por una sentencia ejecutoriada de fecha posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado. El plazo para interponer este recurso es un año.

De este modo, la propia Ley N° 19.880 diseñó el sistema de impugnación del acto administrativo que tiene asignada la presunción, vía recursos administrativos, recursos jurisdiccionales o la invalidación.

Presunción de legalidad e impugnación son un todo armónico y sistemático en la Ley N° 19.880.

CAPÍTULO II:

“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La realidad mundial muestra que no todos los países cuentan con una normativa estructurada y coordinada relativa al procedimiento administrativo. No debiera sorprendernos especialmente, dado que nuestro propio país hizo lo suyo recién en 2003. Dentro de los países estudiados que no cuentan con ley de procedimientos administrativos o una similar, debemos mencionar en Europa a Francia e Inglaterra. Latinoamérica, por su parte, presenta una mayor cantidad de países con legislación en la materia. Sin embargo, dentro de los países estudiados, Brasil sólo cuenta con leyes de procedimiento administrativo a nivel de cada estado, careciendo de una gran norma que a nivel nacional regule los procedimientos administrativos. Su estructura política no debiese ser impedimento para ello, considerando que países como México o Argentina sí cuentan con una ley nacional, en el mismo continente, y Alemania o España en Europa, los que incluso han regulado materias comunitarias para el adecuado funcionamiento de la Unión Europea.

En el análisis de la legislación, examinaremos las siguientes variables: si se definen o no el acto administrativo, si consagran o no la presunción, qué sanciones y medios contemplan para subsanar vicios en los actos administrativos por parte de la Administración y de los mismos Administrados, si permiten a la Administración modificar o dejar sin efectos sus propios actos y sus correspondientes causales, y finalmente si contemplan medios electrónicos en sus procedimientos administrativos.

1. Alemania.

La llamada *Verwaltungsverfahrensgesetz*, *VwVfG* abreviada, o Ley alemana de procedimiento administrativo, fue dictada el año 1976. Ha tenido importantes modificaciones producto de los muchos e importantes cambios políticos que este país ha experimentado, como la reunificación con la República Democrática Alemana o los muchos cambios en la Unión Europea.

El Título III es el que se dedica a la regulación del acto administrativo, incluyendo secciones para su Elaboración, Firmeza y Efectos de la Prescripción. El §35 inciso primero presenta una definición de acto administrativo, señalando que éste es *“toda disposición, decisión u otra medida de poder público dictada por una autoridad administrativa para reglamentación de un caso individual dentro del ámbito del derecho público y destinado a producir efecto jurídico inmediato externo”*. Continúa este párrafo definiendo al acto administrativo de destinatario general, el que no presenta mayor interés para nuestro estudio.

Existen en la VwVfG disposiciones que llaman bastante la atención, como el §36 inciso 2, que señala algunas de las cláusulas accesorias que un acto administrativo puede presentar con “discrecionalidad adecuada”, entre las que se cuentan una reserva de la autoridad de la facultad de revocar o vincular posteriormente el acto (nº3) o una reserva de incorporación posterior, modificación o de complementación de la obligación (nº 5). Las posibilidades de modificar un acto administrativo con posterioridad a su dictación son bastante escasas en Alemania, por su abierta preferencia por la seguridad jurídica y la confianza pública que deben ser protegidas, por lo que la ley se ha preocupado de darle la posibilidad a la Administración de realizar ciertas modificaciones posteriores, siempre y cuando se informe de la reserva de esta facultad al momento de formación del acto. Esta solución no deja de ser interesante, porque puede incentivar a la autoridad a realizar alguna de estas reservas de manera indiscriminada para poder realizar cambios a futuro, aun cuando estos no sean previsibles. La figura de la ‘discrecionalidad adecuada’ acentúa esta posibilidad, porque no presenta mayores límites legales a dicha facultad.

Otra interesante característica de esta legislación es que contempla la posibilidad de que los actos administrativos sean dictados por escrito, vía electrónica, oralmente o por otra forma (§37 inciso 2). La oralidad no presenta mayores problemas a la ley, ya que sólo debe ser confirmado por escrito o vía electrónica si existe un interés legítimo y el afectado lo exige sin demora. Es decir, si nadie exige su confirmación por escrito, el acto oral tiene exactamente el mismo valor y otorga la misma seguridad en su contenido que los actos escritos o electrónicos. No obstante, los actos administrativos orales no tienen el deber de ser fundados, a diferencia de los escritos y electrónicos y aquellos que confirman el acto administrativo oral, puesto que son excluidos de la norma que estatuye este deber (§39, inciso 1). Asimismo, a continuación se dan normas para establecer el valor de la firma en los actos electrónicos y se regula especialmente cómo comprobar la firma electrónica permanentemente.

El §42 se hace cargo de los errores manifiestos que puedan presentar los actos administrativos. En su inciso 1 menciona aquellos errores que siempre podrán ser enmendados por la Administración, pero son errores muy básicos y esencialmente formales, como errores de ortografía, de cálculos o similares. Del mismo modo, se faculta a la Administración a rectificar sus actos en el caso de que el afectado solicite dicho cambio, pero invocando un interés legítimo.

La Sección 2 del Título III se refiere a la firmeza del acto administrativo y aquí se encuentra la disposición que nos importa especialmente. En Alemania no existe una disposición legal que consagre la presunción de legalidad y aquí vemos el fundamento legal de la institución que cumple el mismo rol. El §43 trata este tema, y señala en su inciso 1 que el acto es eficaz desde que se le notifica a quien le está destinado o a quien le afecta. El inciso 2 es el que establece la versión alemana de la presunción de legalidad estableciendo que “*Un acto administrativo continúa teniendo eficacia en tanto y en la medida que no sea retirado, revocado o anulado de alguna otra manera, o que se extinguió por el transcurso del tiempo o de otra manera*”. Es muy importante destacar que esta disposición no hace mención alguna a la validez o legalidad del acto administrativo, más que en la posibilidad de que éste sea posteriormente anulado. No se presume que el acto sea legal porque haya pasado una serie de controles, como era el fundamento que se daba en Chile con la toma de razón, sino que se acepta que lisa y llanamente la eficacia viene dada por el hecho de emanar de una autoridad, y no porque su contenido sea conforme a derecho.

Por su parte, el inciso 3 señala que un acto administrativo nulo no produce efectos jurídicos. A continuación, el §44 habla de los casos de nulidad del acto administrativo. El inciso 1 señala la causal genérica de nulidad cuando dice que “*un acto administrativo es nulo en la medida que se encuentra afectado por un vicio particularmente grave, y esto es evidente considerando razonablemente todas las circunstancias relevantes*”. En esta causal hay dos elementos muy importantes a considerar: primero, el alto nivel de exigencia de gravedad del vicio que se impone, al hablar de ‘particularmente grave’; y segundo, que se exija tomar en cuenta todas las circunstancias para considerar que el vicio particularmente grave es ‘evidente’, porque en varios casos puede ocurrir que las circunstancias del hecho disminuyan la gravedad o lo manifiesto del error, sin que se pueda anular el acto en dicho caso. La ley confirma que la seguridad jurídica o la confianza legítima de los ciudadanos es mucho más importante para el

ordenamiento jurídico que la mantención de la legalidad estricta. A continuación, el inciso 2 señala casos que siempre deberán ser declarados nulos en cuanto los actos adolezcan de estos defectos, pero son hipótesis especialmente graves. El n° 4 contempla el caso en que sea imposible de cumplir materialmente el acto dictado; el n° 5, si su cumplimiento implica la realización de algún ilícito penal o administrativo; y, el n° 6, ser contrario a las buenas costumbres. Del mismo modo, el inciso 3 considera casos en que el acto administrativo no es nulo, señalando causas más bien prácticas, como que el órgano consultivo no ha emitido su opinión (n° 3) o que la cooperación de otra autoridad no ha sido cumplida (n° 4). El inciso 4 establece que si la nulidad de una parte del acto afecta lo esencial del mismo, el acto completo debe ser declarado nulo. A contrario sensu, la regla general es que puede decretarse sólo la nulidad parcial del acto. Finalmente, el inciso 5 señala que en todo tiempo la autoridad puede decretar la nulidad del acto. Para que un particular pueda solicitar la declaración, debe acreditar un interés legítimo.

El §45 habla de los vicios en el procedimiento y, manteniendo la tónica anterior, da soluciones a varios casos para que no sea necesario decretar la nulidad, como la posibilidad de realizar las actuaciones necesarias con posterioridad, señalando como límite temporal para ello la última instancia ante la Justicia Administrativa. Del mismo modo, el §46 establece que, en caso de no cumplirse los requisitos para declarar la nulidad según el §44, no podrá pedirse la anulación del acto administrativo por vicios de procedimiento mientras éstos no hayan influido en el fondo del asunto.

Otra técnica usada para mantener la vigencia de los actos administrativos es la “conversión”, regulada en el §47 de la VwVfG. Ésta no presenta mayores diferencias con las reglas generalmente aceptadas, estableciendo como único límite la necesidad de que el nuevo acto cumpla con la intención reconocible que tenía la Administración.

Además de la nulidad, la ley también contempla la posibilidad de que la Administración se retracte o retire el acto ilícito (“*rücknahme*”) en el §48. Esta posibilidad se mantiene vigente aun cuando el acto ha devenido en inimpugnabile. Del mismo modo, el retiro puede o no contar con efectos retroactivos. No obstante, en el caso de ser un acto favorable para un particular, deben respetarse las limitaciones establecidas en los incisos 2 al 4. El inciso 2 regula aquellos casos en que se ha concedido una prestación monetaria o material, en cuyo caso entra en juego la confianza legítima del particular, que como señalamos es digna de protección legal. La

confianza debe ser protegida cuando el beneficiario ha realizado prestaciones materiales o ha tomado alguna disposición patrimonial que no pueda dejar sin efecto sin más o que haciéndolo le traería perjuicios que no resulta exigible que sean soportados por el particular. Del mismo modo se señalan casos en que ni estos límites serán aplicados, pues el acto ilícito fue obtenido con dolo por parte del beneficiario o cuando éste conocía de la ilicitud. El inciso 3 habla de las eventuales indemnizaciones que puede obtener el beneficiario cuando su confianza, ponderada con los intereses públicos, es digna de protección. La indemnización nunca debe ser superior al interés que tiene el afectado en la firmeza del acto, debiendo la Administración fijar este monto. Sólo puede solicitarse la indemnización dentro de un año desde que es comunicado el retiro del acto. Un año es también el plazo que tiene la autoridad para retirar el acto, contado desde el momento en que toma conocimiento de la ilicitud que presenta (inciso 4).

El §49 regula el retiro de los actos lícitos. El inciso 1 establece la regla general: puede revocarse en todo momento un acto lícito que no establezca beneficios mientras sólo sea a futuro. El inciso 2 señala los casos en los que incluso un acto beneficioso para un particular puede ser retirado, sin ser muchas las opciones. Entre éstas se permite cuando la ley contempla esta alternativa o el acto administrativo hizo la reserva (nº 1); si por una nueva norma la administración podría no haber dictado el acto, siempre y cuando el beneficiario no haya hecho uso del beneficio o recibido prestaciones y si el interés público estuviese en juego en caso de no mediar la revocación (nº 4); o para prevenir o eliminar graves perjuicios al bien común (nº 5). En estos casos también puede el interesado solicitar una indemnización, en la medida que su confianza sea digna de protección (inciso 6).

El §50 señala que las normas relativas a la revocación de actos lícitos o ilícitos no serán aplicables si el retiro es consecuencia de un recurso administrativo interpuesto durante el proceso previo o ante la Justicia Administrativa.

Finalmente, el §51 da la posibilidad a los afectados de solicitar la nulidad o modificación de un acto administrativo, cuando han cambiado los antecedentes de hecho o de derecho, han aparecido nuevos medios de prueba o hay otros motivos. Este procedimiento es aplicable sólo cuando el afectado no pudo hacer valer sus derechos en el procedimiento previo, sin culpa (inciso 2). Al ser excepcional, el plazo es de sólo 3 meses para presentar esta solicitud (inciso 3).

2. España

Por su parte, este país cuenta con una ley que regula los procedimientos administrativos, bajo la vigencia de la Constitución de 1978, a contar del año 1992. Al igual que su par alemana, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPC en adelante, contempla normas para adecuar sus procedimientos internos a la normativa europea de la materia.

El Título V regula las disposiciones y actos administrativos. A diferencia de la ley chilena y de la VwVfG, la LPC no provee una definición de acto administrativo. No obstante, el Capítulo II señala los requisitos que estos actos presentan. El artículo 55.1 indica que los actos se producirán por escrito, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de producción y constancia. Esta disposición permite que los actos sean emitidos de manera electrónica o verbalmente, siendo esta última la forma que se encuentra regulada en el artículo 55.2, que dispone que en el caso de que el acto sea expedido oralmente deberá dejarse una constancia escrita cuando sea necesario, de lo que estará encargado el órgano inferior o el funcionario inferior que haya recibido la orden.

El Capítulo III habla de la eficacia de los actos. El artículo 57 los regula especialmente, siendo el 57.1 el que dispone que *“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.”* Esta disposición habla de una presunción de legalidad de los actos administrativos propiamente tal al señalar que éstos se presumen ‘válidos’. Del mismo modo, agrega que estos son ‘eficaces’ desde la fecha en la que se dicten. Debemos concluir entonces que la LPC distingue entre validez y eficacia y no las hace depender una de otra, sino que las equipara al usar la conjunción ‘y’ en este artículo. Finalmente, debemos señalar que el artículo 57.2 supedita la eficacia de los actos a la notificación o publicación de los mismos si su contenido así lo exige, significando una gran excepción a la regla dada en el artículo 57.1, que hablaba de la dictación del acto como inicio de la eficacia.

El Capítulo IV regula los casos de nulidad y anulabilidad de los actos. El artículo 62.1 enumera los casos en que hay nulidad del pleno derecho del acto, que también contempla casos evidentemente graves. La letra a) habla de actos que lesionen derechos o libertades

protegidas constitucionalmente; la letra c) habla de aquellos de contenido imposible; o la letra g), que habla de actos que violen cualquier disposición de rango legal. El artículo 62.2 establece una causal genérica de nulidad de pleno derecho para aquellas disposiciones “*que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”. Toda otra infracción al ordenamiento jurídico será sancionada con la anulabilidad, incluyendo la infracción de desviación de poder (artículo 63.1). No obstante, la ley se encarga de hacer inmediatamente la precisión respecto de los defectos de forma de que puedan adolecer los actos administrativos, señalando que estos defectos sólo acarrearán la nulidad del acto en cuanto se hayan omitido los requisitos indispensables para cumplir el fin del acto o cuando hayan dejado a los interesados en la indefensión (63.2). Finalmente, la ley se encarga de precisar que la demora en la actuación administrativa traerá consigo la anulabilidad del acto sólo si así lo impone la naturaleza del término o plazo (63.3), reduciendo considerablemente la posibilidad de actos que puedan ser objeto de una anulación por la demora incurrida.

Asimismo, las sanciones previstas en este título no serán transmisibles a aquellos actos que se hayan dictado con posterioridad pero con independencia de aquel ilegalmente emitido (64.1). Se establece una regla similar para la nulidad o anulabilidad parcial de un acto, a menos que resulte claro que el acto completo no hubiese sido dictado de no haber contado con la parte declarada viciada (64.2). El artículo 65 regula la conversión de los actos viciados, sin dar mayores reglas al respecto. El artículo siguiente establece la orden al órgano que disponga la nulidad o anulabilidad del acto de conservar en lo posible todo acto o trámite cuyo contenido no hubiese variado en el caso de no haber existido el acto viciado. Finalmente, el artículo 67 otorga el marco jurídico en el que puede dictarse la convalidación del acto, estableciendo reglas como darle la posibilidad a la Administración de subsanar los vicios de los que adolezca el acto (67.1); si el vicio es la incompetencia no determinante, podrá convalidar el acto el órgano competente que cuando sea el superior jerárquico de aquel órgano que dictó el acto viciado (67.3); y, si el vicio consiste en la falta de alguna autorización, se establece que el acto será convalidado mediante el otorgamiento de ésta por parte del órgano competente (67.4).

El Título VII regula la revisión de los actos en la vía administrativa, dejando al Capítulo I la labor de establecer las reglas para la revisión de oficio por parte de la Administración. El artículo 102 faculta a la Administración Pública a revisar de oficio sus actuaciones y declarar

su nulidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62. La administración goza de la misma facultad si la revisión es iniciada a petición de parte. En el mismo acto que se declare la nulidad de los actos, la Administración Pública podrá decretar la indemnización correspondiente, en caso de que sea procedente (102.4). El artículo 103 habla de la posibilidad de declarar lesivos para el interés público actos que sean favorables para terceros cuando proceda alguna de las causales de anulabilidad establecidas en el artículo 63, para proceder a su impugnación en el orden contencioso-administrativo. Se establece un límite de 4 años para ejercer esta opción (103.2). El artículo 104 faculta al órgano encargado de la revisión decretar la suspensión de la eficacia del acto si concurren circunstancias que así lo aconsejen. El artículo 105 permite revocar actos desfavorables o de gravamen mientras no contravenga la ley, el principio de igualdad, el interés público o el ordenamiento jurídico. La segunda parte de este artículo permite corregir errores de hecho, materiales o aritméticos. Finalmente, el artículo 106 fija como límite a todas estas facultades el límite de la prescripción de acciones, el transcurso del tiempo u otras circunstancias hagan de su ejercicio un acto contrario a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.

El Capítulo II regula los recursos administrativos. Para hacer valer las causales de nulidad o anulabilidad se deben interponer los recursos de alzada o potestativo de reposición. El artículo 107.1 limita estos recursos a las resoluciones y actos de trámite si deciden el fondo del asunto, imposibilitan continuar el procedimiento, o produce indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. Los actos de trámite que no se encuadren dentro de estas categorías, podrán ser objeto del recurso de alzada. El artículo 107.2 señala que la ley podrá modificar estos recursos y el 107.3 que contra decisiones generales no pueden interponerse recursos administrativos. El artículo 109 señala los casos en los que se da por terminada la vía administrativa, lo que tiene gran importancia al deber agotarse ésta antes de acudir a los tribunales. Los casos señalados son los que cabe esperar, como la resolución que resuelve el recurso de alzada o el procedimiento de impugnación que la ley establezca o que el órgano que ha dictado el acto impugnado carezca de superior jerárquico, salvo que la ley señale otra cosa. Ninguno de los recursos regulados en este capítulo suspende la ejecución del acto (111.1), pero el órgano que resuelve este recurso podrá dictar la suspensión fundadamente cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que el no hacerlo cause perjuicios de imposible o difícil reparación, o que la causal que se invoque sea alguna de las contempladas en el artículo 62.1, que son las causales de nulidad de pleno derecho (111.2). Sea cual sea el recurso utilizado, el artículo 112 impone la obligación de informar a todo posible interesado,

para que aleguen cuanto estimen conveniente. Finalmente, la norma contemplada en el artículo 113.3 prohíbe a la Administración Pública dejar en peor posición al recurrente de la que se encontraba antes de iniciar el procedimiento administrativo.

La sección segunda de este capítulo regula el recurso de alzada, que es aquel procedente para todos los actos de trámite que no entran en la lista enunciada en el artículo 107.1, que ya revisamos, el que debe ser interpuesto ante el órgano superior jerárquico de aquel que dictó el acto.

La sección tercera regula el recurso potestativo de reposición y la sección cuarta el recurso extraordinario de revisión. Este se reserva para aquel caso en que aparezcan nuevos antecedentes que justifiquen una nueva revisión de los actos administrativos, y debe ser resuelto en un plazo de tres meses o se estimará desestimado, quedando expedita la vía judicial. El plazo para interponer este recurso es de 4 años si la causal es un error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. Para las demás causales, el plazo disminuye a tres meses desde que se hubiese tomado conocimiento de ella. Entre estas causales tenemos el hecho de aparecer nuevos documentos pertinentes, la declaración de falsedad de documentos o testimonios considerados en el procedimiento, o que las resoluciones hubiesen sido obtenidas con prevaricación, cohecho u otras conductas punibles.

Es interesante señalar que el plazo para interponer todos los recursos administrativos que señalamos, con la sola excepción del recurso de revisión, es de sólo un mes.

3. Italia

La “Nueva norma en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso al documento administrativo” fue dictada en 1990. A diferencia de las leyes que hemos revisado, esta regula en menor medida los aspectos relevantes para efectos de esta memoria. No sólo no contiene mención alguna a la presunción de legalidad, la que fue prácticamente teorizada en este país, o alguna figura similar, como ocurre en Alemania. Es más, todas las normas relacionadas a la eficacia o ejecutoriedad de los actos administrativos fueron introducidas a la ley por una reforma realizada sólo el año 2005. No es de extrañar entonces que la ley no contemple una definición de acto administrativo.

El capítulo IV-bis tiene por nombre “La eficacia y la invalidez de la medida administrativa. Nulidad y revocación.” El artículo 21-ter consagra legalmente la ejecutoriedad de los actos administrativos, señalando que estos podrán ser ejecutados forzosamente en los casos y las formas que prescriba la ley. No puede dejar de llamarnos la atención que existiendo tantos autores en Italia que han estudiado y defendido la ejecutoriedad de los actos administrativos desde principios del siglo pasado, recién en el año 2005 se haya consagrado legalmente esta facultad de la Administración. Por su parte, el artículo 21-quinquies regula la revocación de la medida, señalando que si por razones de interés público, sean contemporáneas o sobrevinientes, o un cambio en las circunstancias que rodean la decisión, el órgano que lo ha originado o aquel que la ley señale podrá revocar la medida tomada. Este artículo también señala que la revocación no actúa retroactivamente y, en el caso de dañar intereses de terceros, la Administración deberá proceder a compensar los daños causados. Cualquier controversia en relación al uso de esta facultad es competencia de los tribunales administrativos. Vemos que la redacción del artículo confiere amplias potestades a la Administración, al señalar causales genéricas e indeterminadas para proceder a revocar un acto al hablar de ‘interés público’. Vemos que tampoco inhibe a la autoridad el hecho de que los actos hayan beneficiado o estén beneficiando a terceros, mientras éstos se compensados. A diferencia del caso alemán, aquí se indemnizan los daños, no la confianza legítima que el particular tenía en el acto, por lo que el monto puede variar mucho entre un país y otro frente a la misma situación.

Sobre la nulidad de la decisión administrativa, el artículo 21-septies señala como causales de ésta el que el acto carezca de los elementos esenciales, que adolezca de falta absoluta de atribuciones, o que haya sido dictada en contra o eludiendo la cosa juzgada, u otros que la ley señale. Llama la atención el que se haya incluido como causal el violar o eludir la cosa juzgada, elemento que no es considerado por ninguna otra de las legislaciones estudiadas en este capítulo. Las causales que se señalan son muy graves, pero a la vez muy limitadas, y al regular la anulabilidad, el artículo 21-octies no modifica la situación, dando como únicas causales el que la decisión haya sido tomada violando la ley, o que adolezca de los vicios de exceso de poder o de incompetencia. El inciso segundo de este artículo expresamente excluye de esta sanción a los vicios formales o de procedimiento si aparece de manifiesto que éstos no han influido en el fondo de la decisión. En consecuencia, esta ley también opta por la estabilidad jurídica por sobre la legalidad estricta. Finalmente, el artículo 21-nonies faculta a la Administración a declarar de oficio la anulabilidad de sus actos en caso de constatar las causales reguladas en el artículo anterior, mientras ocurra en un plazo razonable, por razones

de interés público y considerando los intereses de beneficiarios y contrapartes. Del mismo modo, el inciso segundo la faculta a convalidar estas decisiones cuestionables, mientras existan razones de interés público y se ejerza esta facultad en un plazo razonable. De nuevo vemos aquí que los términos empleados en la ley son conceptos indeterminados y modificables de acuerdo a la interpretación que distintas personas puedan otorgarle, como “tomar en cuenta los intereses de beneficiarios y contrapartes” o “interés público” o “plazo razonable”. Si por un lado el uso de estos términos dota de flexibilidad y agilidad al actuar de la Administración, pueden ser usadas del mismo modo en contra de las personas, que pueden ver sus intereses menoscabados por la Administración y disminuyendo sus posibilidades de defensa. Ante esta situación, la labor de la jurisprudencia cobra especial relevancia, ya sea delimitando los conceptos indeterminados y defendiendo efectivamente los derechos de los particulares.

4. Argentina

La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA en adelante) data de 1972, lo que la convierte en una de las legislaciones más antiguas entre aquellas que hemos revisado. En 1977 se llevó a cabo la única reforma a esta ley, alterando, entre otras materias, normas relacionadas a la anulabilidad y a la revocación del acto nulo.

Aunque esta ley tampoco define el acto administrativo, el Título III regula los requisitos esenciales que éste debe tener, señalando sus artículos 7 y 8 la competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y el cumplimiento de la forma señalada. El artículo 8 indica que el acto administrativo debe constar por escrito, y que sólo excepcionalmente y si las circunstancias lo permiten podrá manifestarse por otros medios. Esta norma dificulta en gran medida la posibilidad de que los actos sean gestionados mediante medios electrónicos al permitir otras formas excepcionalmente, lo que debemos atribuir principalmente a la antigüedad de la norma y de su modificación.

El artículo 12 reglamenta la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria de las que gozan los actos administrativos. Sobre la primera, el artículo no señala nada más que “*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad*”; y, en cambio, otorga a su fuerza ejecutoria el impedir que los recursos interpuestos por los particulares puedan suspender los efectos del acto, salvo norma expresa en contrario. Del mismo modo, la norma faculta a la Administración a suspender la ejecución del acto en ciertos casos, como razones de interés público, evitar

graves perjuicios al interesado o cuando se alegue alguna causal de nulidad absoluta, fundadamente. Estos casos de nulidad están regulados en el artículo 14, siendo ésta absoluta e insanable, en dos grandes grupos: uno que incluye vicios en la voluntad de la Administración, incluyendo simulación; y otro por razones de incompetencia, falta de causa por inexistencia o erróneos hechos o derecho invocado, o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado, los que son algunos de los requisitos esenciales del acto administrativo, como señalamos. Estas causales son algo más generales que las que hemos visto en otras legislaciones, ampliando las opciones de alegar la nulidad absoluta y poder solicitar la suspensión de la ejecución del acto, alternativa que no es permitida en el caso de que el vicio presente en el acto sólo sea objeto de una sanción de anulabilidad. Esta última es regulada genéricamente en el artículo 15 al señalar como causal cualquier irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, hará que el acto sea anulable en sede judicial. Es interesante señalar que en este caso se pasa directamente a sede judicial, sin que exista la necesidad de agotar la vía administrativa antes, como vimos era el caso en los países europeos. Por su parte, la nulidad absoluta sí es revisable en sede administrativa, de acuerdo a lo expresado por el artículo 17, el que regula la revocación de actos irregulares. La revocación de estos actos es un deber de la Administración, pero en el caso de que el acto se encuentre firme y hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, la declaración de nulidad debe ser realizada en sede judicial. La revocación de los actos regulares, que incluye en esta denominación aun a aquellos que adolecen de vicios de anulabilidad, no puede ser realizada si hubiese generado derechos subjetivos a favor de terceros en sede administrativa, a menos que el interesado haya conocido del vicio del que adolecía, si la revocación le favorece sin perjudicar a terceros, o si sólo detentaba estos derechos a título de precario. Del mismo modo, la LNPA permite revocar un acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, mientras se indemnice a los afectados. Vemos que también aquí la medida de los daños es lo que determinará la cuantía de la indemnización.

Los artículos 19 al 21 establecen las herramientas desarrolladas por la legislación para permitir que actos que adolecen de vicios puedan continuar dentro del ordenamiento jurídico, debiendo señalar entre ellas al saneamiento, siendo especies dentro de esta categoría la ratificación y la confirmación; y la conversión del acto.

El artículo 22 habla de la revisión de actos firmes en sede administrativa, señalando los casos en los que podrá solicitarse y su respectivo plazo. Para el caso de ser requerida la revisión cuando existan contradicciones en su parte dispositiva, el plazo será de 10 días. Para los demás casos, el plazo se amplía a 30 días, consistiendo estos casos en el hecho de desconocerse documentos necesarios para la decisión del caso, el haberse basado en documentos declarados falsos o haberse obtenido mediante cohecho, prevaricación u otro delito.

El Título IV regula la impugnación judicial de los actos administrativos. El artículo 23 letra a) señala que en el caso de actos administrativos de alcance particular deben agotarse en primer término todas las instancias administrativas para alcanzar el mismo resultado, por lo que se reitera la regla de las demás legislaciones revisadas, en cuanto al agotamiento de la vía administrativa. Debemos recordar, no obstante, la excepción contenida en el artículo 15. El artículo 25 señala que esta vía puede iniciarse tanto por acción como por recursos, en cuyo caso debe existir una norma expresa. No hace mención a acciones o recursos especiales, por lo que son aplicables las normas civiles en esta materia.

5. Colombia

El caso de Colombia es diferente al resto de los países estudiados. Aquí no hay sólo una ley que regule el procedimiento administrativo, sino que existe un Código Contencioso Administrativo que regula esta materia. No obstante, en enero de 2011 este cuerpo legal fue derogado y sustituido por un nuevo Código, contenido en la ley 1.437 del mismo año. No obstante que la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones está señalada para julio de este año, serán éstas las que estudiaremos.

Aunque este Código no define el acto administrativo, entre las novedades que sí plantea está la consagración legal de la presunción de legalidad. El artículo 88 se refiere a ella en los siguientes términos: “*Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.*” He aquí una gran diferencia con el sistema chileno: la presunción de legalidad no es impedimento para que la jurisdicción, administrativa en este caso, aplique medidas cautelares, lo que veremos es una de las críticas al ordenamiento chileno. Como es de

esperar, el otorgamiento de medidas cautelares se encuentra algo más restringido para dejar sin efectos actos administrativos que para otros casos, pero de igual modo el artículo 230 N° 3 contempla esta posibilidad. Siguiendo la misma idea, el artículo siguiente señala que para este caso en particular la medida cautelar procede por la violación de las normas que se indiquen. En el caso de usar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los daños.

Los artículos 74 y siguientes regulan los recursos administrativos, siendo ésta la primera vía a la que toda persona debe acudir. Sólo una vez agotada ésta se puede acudir a los tribunales. Los recursos que en esta sede se contemplan son tres: el recurso de reposición, el recurso de apelación y el recurso de queja. Como su nombre nos indica, el recurso de reposición se interpone para que el mismo funcionario deje sin efecto la norma que él ha dictado. Subsidiaria o directamente puede interponerse el recurso de apelación, para que el superior jerárquico del funcionario que ha dictado el acto lo modifique o anule. Hay decisiones contra las que no procede, como aquellas emanadas por los Ministros. Finalmente, el recurso de queja procede cuando el recurso de apelación sea rechazado, y se interpone directamente ante el superior jerárquico. El artículo 161 N° 2 exige que antes de demandar en sede jurisdiccional se hayan agotado todos los recursos que de acuerdo a la ley fueren obligatorios, a menos que sea contra un acto presunto, el que da derecho a demandar inmediatamente. El hecho de que el N° 2 hable de recursos ‘obligatorios’ no es casual, pues no siempre se puede interponer el recurso de apelación y el recurso de queja es facultativo de acuerdo a lo señalado en el mismo artículo 74 N° 3.

Cuando hablamos de la vía jurisdiccional, nos referimos a los tribunales contencioso administrativos existentes en Colombia. En esta sede son principalmente tres las acciones que pueden intentarse. En primer lugar, está la acción de ‘nulidad por inconstitucionalidad’ la que, como su nombre lo indica, permite pedir la nulidad de un acto en cualquier tiempo por no ser un acto conforme a la Constitución Política. El Parágrafo al final de artículo 135 faculta al Consejo de Estado a referirse a inconstitucionalidades del acto más allá de las planteadas en la demanda, y pronunciarse sobre cualquier inconstitucionalidad presente en el acto. En segundo término, está la ‘acción de nulidad’, regulada en el artículo 137. Sus causales son haber sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. En el caso de

actos de contenido particular, este mismo artículo señala causales específicas para la interposición del recursos, señalando que éste procede excepcionalmente. Entre estas causales está el recuperar bienes de uso público, evitar efectos nocivos de orden público, social, económico o ecológico o no perseguir el restablecimiento de un derecho subjetivo del demandante o de un tercero. Este último caso es interesante, pues el párrafo de este artículo señala que en caso de perseguirse el restablecimiento automático de algún derecho, el procedimiento se tramitará de acuerdo a las normas de la tercera acción en estudio: la ‘acción de nulidad y restablecimiento del derecho’. Esta última acción busca obtener la declaración de nulidad del acto para restablecer un derecho que se considera lesionado, pudiendo solicitarse que también se repare el daño causado. Las causales para invocar esta acción son las mismas generales que vimos a propósito de la acción de nulidad. Debemos mencionar lo interesante que resulta disponer de acciones de nulidad específicas según se tenga o no un interés particular en el resultado. La acción de nulidad sólo busca volver a recomponer el ordenamiento jurídico, eliminando aquel acto que lo perturbó, sin mediar intereses de particulares. El que además de esta acción de nulidad exista una para pedir la nulidad por inconstitucionalidad también resulta muy interesante, porque al permitir extenderse a otros puntos no señalados en la demanda está facultando expresamente algo que en Chile constituye un vicio que sería susceptible de casación en la forma: el de ultrapetita.

También debemos mencionar las facultades que tiene la Administración para corregir sus actos. En primer término, el artículo 41 le permite corregir cualquier irregularidad que sea detectada antes de que el acto sea expedido, con el fin de ajustarlo a derecho. El artículo 45 permite la corrección de cualquier error formal, en cualquier tiempo, mientras que con ello no se modifique el fondo de la decisión. El artículo 93 ya nos lleva a la revocación directa de los actos administrativos, al señalar las causales que la hacen procedente. La causal número 1 habla de una manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley. El hablar de ‘manifiesta’ podría disminuir el campo de aplicación de la revocación, pues difícilmente en todos los casos la ilegalidad será apreciable a simple vista. La segunda causal es que el acto no esté conforme con el interés público o social, o atenten contra él. Esta causal es mucho más amplia y permite mayor discrecionalidad por parte de la Administración, al usar el concepto ‘interés público o social’, que carece de un contenido único y claro. Finalmente, la causal tercera hace procedente la revocación de aquel acto que cause un agravio injustificado a una persona. Esta causal también es discutible: ¿qué se considera un agravio injustificado? ¿Se refiere a la existencia misma o a la cuantía del daño o a ambas? ¿Quién debe probar que estos

daños no son justificados? ¿Bajo qué términos debe la Administración formarse esta convicción? El artículo 97 fija un límite a la revocación de los actos: una vez creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. En caso de que éste niegue su consentimiento, la Administración deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y lograr allí la declaración de nulidad del acto.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que este nuevo Código Contencioso Administrativo ha incluido un capítulo entero dedicado a regular la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Lo interesante de esta nueva normativa es que no sólo permiten que todo el procedimiento sea iniciado, tramitado y notificado virtualmente, sino que también obliga a todas las autoridades a contar con una sede electrónica. Demostrando la importancia que la ley otorga a los medios electrónicos, el artículo 62 incluso regula cómo se probará el envío y recepción de documentos enviados por correo electrónico u otra vía, incluyendo el caso en el que no se envíe el mensaje de datos por parte de la autoridad que se requiere como prueba.

6. México

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo regula esta materia en los Estados Unidos Mexicanos desde 1994, habiéndose producido su última reforma en el año 2000. Aunque esta ley tampoco define el acto administrativo, sí menciona expresamente a la presunción de legitimidad en al menos tres ocasiones: al hablar de los efectos de un acto nulo, de los efectos de un acto anulable y, finalmente, en el artículo 8, cuando consagra una presunción de validez de los actos administrativos. Veremos cada caso por separado, al igual que otros aspectos de esta ley que hemos considerado interesantes.

En su artículo tercero, la ley señala los elementos y requisitos que debe reunir todo acto administrativo, sin realizar mayor distinción entre unos y otros. A continuación, se enumeran 16 elementos/requisitos, algunos de los cuáles han sido derogados o agregados en sucesivas reformas. No obstante, el número que cada uno de ellos importa dado que el artículo 6 sanciona con la nulidad de acto en el caso de no cumplirse con alguno de los requisitos o elementos enumerados del I al X, entre los que se señala ser expedido por órgano competente

(I); que cumplan exclusivamente con una finalidad de interés público, sin perseguir otros distintos (III); que conste por escrito y debidamente firmado (IV); estar fundado y motivado (V); ser expedido conforme a las normas de procedimiento (VII); sin que haya mediado error alguno en el acto (VIII); o dolo o violencia en la emisión (IX); y, mencionar el órgano del cual emana (X). El mismo artículo 6 señala que la declaración de nulidad por el incumplimiento de alguno de estos requisitos debe ser realizada por el órgano superior jerárquico de aquel que emitió el acto, a menos que éste sea el titular de una dependencia, en cuyo caso debe declararla él mismo. El inciso segundo de este mismo artículo presenta mucha importancia para nuestro estudio, al señalar que *“El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto”*. Este es el primer caso en que esta ley hace mención a la presunción de legitimidad, aunque sea negándola en el caso de que un acto sea declarado nulo, y al mismo tiempo negando de plano la posibilidad de considerar esta sanción como una de pleno derecho, pues es necesario que exista una declaración de nulidad para que el acto sea inválido ni se presuma legítimo. A contrario sensu, mientras no exista una declaración el acto debe presumirse válido. Considerando la importancia que reviste la declaración de nulidad en esta ley, el inciso final del artículo 6 se pone en la situación en la que el acto ya hubiese sido consumado o sea imposible retrotraer sus efectos, caso en el que sólo se dará lugar a la responsabilidad del funcionario que hubiere emitido el acto posteriormente declarado nulo.

El artículo 7 regula la anulabilidad del acto administrativo, sanción aplicable en el caso de que se omitan o cumplan irregularmente los requisitos/elementos enumerados del XI al XVI del artículo 3, entre los que se cuentan error en la identificación del expediente, documento o nombres de las personas (XII); señalar lugar y fecha de emisión (XIII); mencionar en la notificación del acto la oficina que lo hubiere expedido y donde se puede revisar el expediente (XIV); mencionar los recursos que procedieren contra el acto (XV); y, decidir todos los puntos establecidos por las partes o la ley (XVI). Como podemos apreciar, la omisión de estos requisitos es bastante menos grave que la omisión de los precedentemente señalados, por lo que la anulabilidad del acto tiene consecuencias menos severas que en el caso de la nulidad. Señala el artículo 7 inciso II que *“El acto declarado anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto”*. Esta es la segunda aparición de la presunción de legalidad en la ley, pero esta vez en forma positiva. Aun después de la declaración de anulabilidad del

acto, éste continuará gozando de presunción de legalidad y ejecutividad. El saneamiento del acto al que la norma hace alusión producirá efectos retroactivos y se considerará como si el acto siempre hubiese sido válido. Vemos en consecuencia que la anulabilidad no es precisamente una sanción, pues no tiene diferencia alguna si existe una declaración de anulabilidad o no de por medio: el acto continúa presumiéndose legítimo y será de todas maneras ejecutable. Tampoco hay diferencia en desde cuándo debe considerarse perfeccionado el acto, reforzando la conclusión precedente.

El artículo 8 consagra la institución que los dos artículos anteriores ya han dejado vislumbrar: la presunción de legitimidad. En efecto, esta norma señala “*El acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso*”. La norma no presenta mayores peculiaridades o aspectos dignos de comentar diferentes a los que ya hemos hecho a propósito de la nulidad y anulabilidad. La declaración de nulidad o invalidez es fundamental para desvirtuar esta presunción y que tanto los órganos administrativos como los judiciales pueden realizarla. Ya vimos algunas de las reglas aplicables a la Administración en esta materia, pero también existe el llamado recurso de revisión, regulado en los artículos 83 y siguientes. Como es de esperar, sólo puede interponerse este recurso contra algunos actos y resoluciones, como aquellos que ponen fin a procedimiento, una instancia o resuelvan un expediente. El plazo para interponer este recuso es de 15 días y se interpone ante la misma autoridad que emitió el acto para que su superior jerárquico lo resuelva. Este recurso no es obstáculo para intentar la vía jurisdiccional que corresponda cuando proceda, asunto en el que no se explaya mayormente la ley.

Aunque resaltamos la importancia de la declaración de nulidad para que el acto dejara de tener efectos, el artículo 11 señala casos en los que el acto administrativo de carácter individual se extingue de pleno derecho. Con la excepción de la última, estas son aplicables a cualquier acto jurídico, sin ser propias del acto administrativo, como la expiración del plazo, el cumplimiento de la condición, la renuncia del interesado o el cumplimiento de la finalidad. La causal N° 6 de este artículo es la revocación, que se señala será regulada en la ley de la materia. No obstante, las leyes se han volcado sobre revocaciones de actos específicos, como los tributarios, o la revocación del mandato para alcaldes o autoridades que no cumplan con sus deberes, ley que aun es discutida en México.

Finalmente, debemos hacer mención a los medios electrónicos y si su uso es regulado por esta ley. El artículo 35 N° 2 expresamente señala que es posible realizar notificaciones de actos administrativos por medios electrónicos, pero sólo cuando así lo haya expresado expresamente el promovente y siempre que pueda comprobarse fehacientemente la recepción de los mismos.

7. Uruguay

La última ley que revisaremos fue dictada en 1991. Uruguay no consagra legalmente la presunción de legitimidad, y presenta un grado de desarrollo bastante menor al alcanzado por legislaciones más modernas, como la colombiana.

En los artículos 104 y siguientes se define al acto administrativo y se regulan sus requisitos y elementos. La definición es bastante simple y señala que “*Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos*”. El artículo 106 obliga a la Administración a fundamentar sus decisiones para cada caso específico, sin permitirle usar una justificación general. El artículo siguiente indica las menciones que todo acto debe reunir.

Los recursos administrativos están regulados en los artículos 112 y siguientes. Son dos: el de revocación, que se interpone ante la misma autoridad que expidió el acto, y el jerárquico, que debe interponerse conjuntamente con el anterior si el órgano cuenta con un superior jerárquico (inciso III). El plazo para interponer los recursos es de sólo 10 días corridos a su notificación o publicación en el Diario Oficial, siendo uno de los plazos más breves que hayamos conocido. No obstante, también se fija un plazo para que la autoridad correspondiente se pronuncie: 150 días en el caso de interponerse sólo el recurso de revocación; o 200 días, en caso de haberse interpuesto ambos. En caso de no dictarse la resolución, se considera que se han confirmado los actos y la vía administrativa se considerará agotada. La mera interposición de estos recursos no suspenderá la ejecución de los actos fuera de los casos en que la ley lo prevea, pero faculta al recurrente a solicitar la suspensión, siempre que en caso de no suspenderse puedan producirse grandes daños y que con la suspensión no se perturben los intereses generales o los derechos fundamentales de terceros. Puede también el recurrente solicitar otras medidas cautelares que permitan no causarle perjuicios, mientras se desarrolla la vía ejecutiva (artículo 120).

Finalmente, esta ley no regula los medios electrónicos, pero el artículo 27 permite que se usen formas diferentes a la escrita si es urgente la dictación del acto, y el artículo siguiente regula los actos administrativos verbales, situación de la que se debe dejar constancia por el funcionario que reciba las órdenes.

8. Cuadro resumen

El siguiente cuadro resume los principales aspectos estudiados de la legislación comparada.

País	Ley y fecha de dictación	Definición de Acto Administrativo	Consagra presunción de legalidad	Nulidad del acto	Modificación o retiro del acto	Medios tecnológicos
Alemania	Verwaltungs-verfahrens-gesetz, 1976	Sí.	No, pero hay norma que establece que el acto es eficaz mientras no se retire, revoque o anule.	Por vicios particularmente graves y que sean evidentes considerando todas las circunstancias.	Habiendo hecho reserva en el acto o en casos excepcionales. Retiro sólo si no es un acto favorable. Indemnización por transgresión a la legítima confianza.	Sí.
España	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 1978	No.	Sí.	Causales establecidas legalmente.	Previa declaración de lesividad para el interés público de actos favorables a terceros.	Sí.
Italia	Nueva norma en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso al documento administrativo, 1990	No.	No.	Causales establecidas en la ley.	Puede revocar actos, y si afecta a terceros debe compensar los daños causados.	Se incentiva, no regula.
Argentina	Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, 1972	No.	Sí.	Causales establecidas en la ley	No pueden revocarse actos favorables a terceros, con pocas excepciones.	No.

Colombia	Código Contencioso Administrativo, 2012.	No.	Sí	Distingue Nulidad por inconstitucionalidad, acción de nulidad y acción de nulidad y restablecimiento del derecho.	Causales establecidas en la ley para revocar actos.	Sí.
México	Ley Federal de Procedimiento Administrativo, 1994	No.	Sí.	Causales establecidas por ley.	No regulado de modo general.	Sí, pero limitado.
Uruguay	Decreto 500/91 1991	Sí.	No.	Causas de nulidad establecidas en la Constitución, no en la ley.	Sólo el superior jerárquico puede modificar el acto.	No, pero permite formas distintas a la escrita.

CAPÍTULO III:
**“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA COMPARADA”**

En el Capítulo anterior examinamos la legislación de los otros países en materia de presunción de legalidad. Constatamos que algunos consagraban expresamente la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras que otros no lo hacían.

En el presente capítulo, revisaremos cómo la doctrina de esos países concibe la presunción de legalidad. Distinguiremos entre Europa y Latinoamérica.

1. Europa

En primer lugar estudiaremos la doctrina del viejo continente. Como ya hemos señalado, la presunción de legalidad nació en Italia para justificar la ejecutoriedad de las decisiones administrativas, y desde allí se expandió. No obstante, veremos que esta idea no ha sido aceptada en todos los países europeos, y en aquellos en que sí lo ha sido no ha tenido la misma penetración y fuerza que ha tenido en América Latina, existiendo interesantes matices en el origen, forma y aplicación de este privilegio. Los países que a continuación estudiaremos son Italia, Alemania, Francia, Inglaterra, y España.

1.1 Italia.

Este país fue el que primero señaló que la ejecutoriedad de los actos administrativos se basaba en la presunción de legalidad que acompaña a todo acto, siendo esta la opinión dominante. Javier Barcelona Llop situó el origen de este argumento en Borsi, ya en 1901, al señalar que todo acto que contenga una manifestación de imperio se presume justa⁷. Esta idea continuó siendo desarrollada por la doctrina italiana, teniendo como exponentes a Arnaldo de Vallés, quien señaló que “la administración, por su parte, puede realizar la reclamación contenida en su acción sin un juicio de lato conocimiento previo, porque existe una presunción

⁷ BARCELONA LLOP, Javier. “Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos”. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995. P. 96.

de legitimidad de su acto, según la cual, hasta que se anulen o revoquen, se presumen válidos”⁸.

Zanobini recoge el hecho de que la doctrina dominante en Italia considera a la presunción de legalidad como el fundamento jurídico de la ejecutoriedad. También habría un fundamento político, consistente en la necesidad de satisfacer los intereses generales, de modo que los actos administrativos no sean obstaculizados por los particulares⁹. No obstante, sostiene que como todos los actos emanados de cualquier poder del Estado tienen la misma ejecutoriedad que los actos administrativos, se demuestra que ésta y la presunción de legalidad son independientes entre sí, por lo que la segunda no puede ser fundamento de la primera.

Javier Barcelona Llop señala que en Italia existe una gran dispersión en los nombres que los autores otorgan a la eficacia, pudiendo referirse a ella como la ejecución, exigibilidad o también como imperio¹⁰. Zanobini no se enmarca dentro de esta línea y señala que la ejecutividad es propia de cualquier acto administrativo, que significa que puede ser cumplido. En cambio, ejecutoriedad es propia sólo de los actos que imponen deberes positivos o negativos y presupone que el acto sea ejecutivo, es decir eficaz¹¹. Pietro Virga define la ejecutividad como aquella situación especial en la que el acto se torna cuando ningún obstáculo jurídico se interpone a su ejecución. Se trata siempre de eficacia, pero con el debido resguardo al momento de la ejecución, que es el momento en que puede aplicarse la pretensión que deriva del acto mismo¹². La ejecutoriedad designa la particular eficacia de que se dota a algunos procedimientos por el hecho de poder ser ejecutado coactivamente por la misma Administración con su propio personal y sus propios medios¹³. Para Elio Casetta la idoneidad del procedimiento producirá automática e inmediatamente que el acto que nazca de él sea ejecutivo¹⁴. El término ejecutoriedad del procedimiento indica la posibilidad de la Administración de hacer valer su propia pretensión sin necesidad de acudir a tribunales. Reconoce que según la teoría tradicional, la ejecutoriedad tiene como fundamento a la presunción de legalidad. La opinión extendida en la doctrina reciente es que la ejecutoriedad

⁸ DE VALLÉS, Arnaldo. “Elementi di diritto amministrativo”. Padova: CEDAM, 1956. P. 190.

⁹ ZANOBINI, Guido. “Curso de Derecho Administrativo”. Ediciones Arayu, 1954. P. 374.

¹⁰ BARCELONA LLOP, Javier. Op. cit., pp. 46 y ss.

¹¹ ZANOBINI, Guido. Op. Cit., p. 374.

¹² VIRGA, Pietro. “Diritto Amministrativo”. Vol. II. Giuffrè Editore, 2001. P. 103.

¹³ Ibid. P.103.

¹⁴ CASSETTA, Elio. “Manuale di Diritto Amministrativo”. Giuffrè Editore, 2002. P. 499.

no es una cualidad general del procedimiento, sino que se debe a una característica que el legislador expresamente concedió para poder imponer la voluntad de la Administración¹⁵. Por su parte, Italia, Landi y Potenza consideran que la eficacia específica depende de la naturaleza y del objeto del acto administrativo: constituir un derecho o facultad o imponer a su destinatario un deber jurídico o una limitación de sus derechos. Para este último efecto es relevante la ejecutoriedad del acto administrativo¹⁶. Ésta consiste en el poder de la Administración pública de realizar directamente sus propios actos, facultad que radica en la presunción de legalidad. La ejecutoriedad puede persistir cuando ha sido destruida la presunción de legalidad¹⁷.

En consecuencia, pero reconociendo ciertos matices en cada autor, la ejecutoriedad para la doctrina italiana consiste en la facultad de la que goza la Administración de poder llevar a cabo sus propios actos, sin necesidad de acudir a otros órganos para ello.

La doctrina italiana distingue también entre validez y eficacia de los actos jurídicos. La validez dice relación con el cumplimiento de los requisitos que las leyes imponen al acto administrativo para su emisión, y la eficacia con la aptitud que tiene este mismo acto de producir los efectos que le son propios. Zanolini señala que como regla general el acto perfectamente formado desenvolverá sin más sus efectos, verificándose en un mismo tiempo perfección y eficacia¹⁸. Existen excepciones a esta regla general, como aquellos actos que cuentan con una cláusula que retarde sus efectos o los adelante incluso a su perfección.

En cuanto a la validez de los actos jurídicos, Renato Alessi señala que todo acto administrativo debe cumplir con cuatro requisitos de existencia: ser una manifestación; que esta manifestación provenga de una autoridad administrativa; que a través de esta manifestación se ejerza algún poder jurídico; y que la finalidad del acto sea satisfacer los intereses públicos que le han sido encomendados¹⁹. Por otro lado, los requisitos de validez del acto administrativo serían los mismos contemplados para el caso de los actos emanados de particulares, con especial énfasis en que la voluntad del órgano haya estado libre de vicios. No

¹⁵ Ibid., p. 500.

¹⁶ ITALIA, Vittorio, LANDI, Guido, y POTENZA, Giuseppe. "Manuale di Diritto Amministrativo". Giuffrè Editore, 2001. P. 230.

¹⁷ Ibid., p. 231.

¹⁸ ZANOBINI, Guido. Op. Cit., p. 370.

¹⁹ ALESSI, Renato. "Instituciones de Derecho Administrativo". Bosch, Casa Editorial, 1970. P. 254.

obstante, existe una serie de exigencias adicionales formales que también deben ser cumplidas, entre las que podemos mencionar que el órgano del cual emana el acto haya sido regularmente constituido; que el órgano en cuestión sea competente para dictar el acto; que se cumplan los requisitos de forma del acto; y que el acto exponga los motivos que han sido considerados para la expedición del mismo²⁰. Como vemos, estos elementos resultan concordantes con lo señalado por De Vallés, quien indicaba precisamente que porque la Administración siempre protegía los intereses generales en vez de los egoístas intereses particulares, era beneficiada con la prerrogativa de la presunción de legalidad de sus actos²¹. Este interés es tan propio de la Administración que no se concibe la existencia de un acto administrativo sin que éste sea contemplado. Por su parte, Pietro Virga sostiene que los elementos de la existencia del acto administrativo son el sujeto, la voluntad, el objeto y la forma²². Asimismo, señala que los requisitos de validez sin los cuales el acto puede ser anulado, son el presupuesto de hecho y de derecho; la capacidad, competencia y legitimación de la autoridad de la que emana el acto; respeto de los límites de la discrecionalidad; y la existencia y adecuación de la motivación²³. Zanobini también recoge esta distinción entre existencia y validez. Un acto nulo es aquel que carece de algún elemento esencial, impidiendo que exista. En cambio, un acto inválido es aquel acto existente que por algún defecto pone en peligro su eficacia y la misma existencia. Este vicio puede ser tanto un elemento no esencial como uno esencial a acto²⁴.

La regla general es que los recursos interpuestos en contra de un acto no contemplen efectos suspensivos²⁵. Aun así, Barcelona Llop no cree que exista un llamado “derecho a la resistencia” por parte de los ciudadanos, aun en aquel caso en que el acto se encuentre manifiestamente viciado, previéndose incluso sanciones penales a quien se oponga a su cumplimiento²⁶. Por su parte, Zanobini sí acepta la posibilidad de resistirse, mientras sea pasivamente y sólo a aquellos que sean nulos²⁷, no anulables.

La doctrina italiana no es unánime respecto a las categorías de invalidez que puede presentar un acto administrativo. Enrique Sayagués, consultando la doctrina italiana, las divide

²⁰ ALESSI, Renato. Op. cit., pp. 269 y ss.

²¹ Citado por JARA CRISTI, Manuel. Vid. Supra.

²² VIRGA, Pietro. Op. Cit., p. 35.

²³ VIRGA, Pietro. Op. Cit., p. 44.

²⁴ ZANOBINI, Guido. Op. Cit., p. 385.

²⁵ BARCELONA LLOP, Javier. Op. Cit., p. 248.

²⁶ *Ibid.*, p. 44.

²⁷ ZANOBINI, Guido. Op. Cit., p. 380.

en tres categorías: aquellos que distinguen entre nulidad y anulabilidad, coincidiendo estos criterios con aquellos existentes en materia civil; aquellos que agregan a la inexistencia como una tercera categoría; y algunos que consideran que sólo existen la nulidad y la inexistencia. Finalmente, señala que a pesar de ello hay consenso en que existen vicios que no acarrear consigo la invalidez del acto, surgiendo la categoría de actos irregulares pero válidos²⁸. Virga sostiene que existen tres especies de ilegitimidad: la nulidad, si falta algún elemento de la existencia del acto; la anulabilidad, si falta un requisito de validez; y la irregularidad, si el vicio es de poca relevancia y no amerita la nulidad²⁹. Italia, Landi y Potenza consideran que las especies de invalidez del acto administrativo son el acto ilícito, que es aquel que lesiona un derecho subjetivo perfecto; acto ilegítimo si contrasta con una norma jurídica que regula la actividad de la Administración para ajustarla al interés público; y el acto inoportuno es aquel que viola el contenido del interés público, porque su tutela no puede ser prevista por el legislador³⁰. Serán actos nulos los que no cumplen con requisitos esenciales³¹, actos anulables si el vicio es de legitimidad, que es la disconformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico³²; y estará viciado en su mérito si la Administración no cumple del mejor modo posible de un punto de vista no jurídico con el interés público, acto que puede ser eliminado por la misma autoridad administrativa o por la autoridad judicial³³.

Para Zanobini, la Administración cuenta con la potestad de dejar sin efecto sus propios actos, a la que denomina 'autotutela'. Aunque reconoce que la doctrina no es unánime, señala que la anulación es el retiro del acto por motivos de legalidad y la revocación por vicios de oportunidad³⁴. Esta última se justifica por una nueva apreciación de los hechos y del interés público³⁵. No obstante, la revocación tiene como límite el respetar los derechos adquiridos de terceros³⁶. Virga también reconoce esta facultad, llamándose anulación si el retiro es con eficacia retroactiva por un vicio de legalidad. Tanto la misma autoridad que dictó el acto como su superior jerárquico pueden hacer uso de ella³⁷. Se denominará revocación si el retiro es sin efecto retroactivo y se produce en contra de un acto inoportuno por una valoración diferente de

²⁸ SAYAGUES LASO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo". Montevideo, 1959. P. 500.

²⁹ VIRGA, Pietro. Op. Cit., p. 118.

³⁰ ITALIA, Vittorio, LANDI, Guido, y POTENZA, Giuseppe. Op. Cit., p. 239.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 243.

³³ *Ibid.*, p. 254.

³⁴ ZANOBINI, Guido. Op. cit., p. 406.

³⁵ *Ibid.*, p. 412.

³⁶ *Ibid.*, p. 416.

³⁷ VIRGA, Pietro. Op. Cit., p. 132.

la exigencia del interés público, sea por mérito o por conveniencia³⁸. La abrogación es el retiro con efecto retroactivo de un acto que por circunstancias sobrevinientes causan que el acto no responda adecuadamente al interés público³⁹. Y se denominará mero retiro si el acto no cumple con los requisitos de obligatoriedad⁴⁰.

Para alegar por los vicios de legalidad, la legislación italiana distingue entre la vía administrativa y la vía jurisdiccional. No es posible elegir entre una y otra, sino que es necesario acudir primeramente a la Administración y sólo una vez agotada esta vía, podrá acudir al Consejo de Estado, órgano supremo de la jurisdicción administrativa. En sede administrativa se contemplan tres recursos distintos: la reposición, el recurso jerárquico y el recurso extraordinario ante el Jefe de Estado. Sus plazos varían entre 15 días, en algunos supuestos del recurso jerárquico, y 180 días, para el caso del recurso extraordinario ante el Jefe de Estado. El recurso de reposición es excepcional y sólo es posible ejercerlo cuando una ley expresamente lo haya concedido. Se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto cuestionado, y pueden alegarse tanto motivos de legalidad como de oportunidad para solicitar su anulación o modificación. El recurso jerárquico, por su parte, es la regla general en materia de recursos administrativos y se interpone ante el superior jerárquico del funcionario que dictó el acto, y también procede por motivos tanto de ilegalidad como de oportunidad, a menos que por norma expresa sólo pueda interponerse por razones de ilegitimidad. El superior jerárquico siempre tendrá la facultad de anular el acto, pero la posibilidad de modificarlo de acuerdo a derecho le es concedida sólo cuando éste tiene dentro de su competencia la potestad de sustitución de los actos, y no su mero control. Finalmente, el recurso extraordinario ante el Jefe de Estado sólo puede ser interpuesto por razones de legalidad en contra de actos administrativos finales, es decir, es requisito que se haya fallado previamente el recurso jerárquico o que la ley no conceda al particular la posibilidad de interponer dicho recurso. Históricamente se ha justificado este recurso por la antigua posición del rey como supremo moderador de todas las funciones públicas y controlador de la actividad de los funcionarios públicos⁴¹.

³⁸ Ibid., p. 136.

³⁹ Ibid., p. 138.

⁴⁰ Ibid., p. 139.

⁴¹ ALESSI, Renato. Op. cit., p. 641.

Sólo una vez fallado y rechazado este último recurso administrativo, se puede acudir ante el Consejo de Estado y abrir con esto la vía jurisdiccional. Tampoco es posible en esta sede alegar motivos de oportunidad o mérito para solicitar la anulación del acto. Contra la resolución que se dicte en este recurso, proceden los recursos de revocación y casación. La revocación se admite sólo en aquellos casos en que la ley expresamente lo concede; y la casación es el recurso especial al que se someten todas las resoluciones de jurisdicciones especiales para controlar que no se hayan excedido de sus competencias⁴². Del mismo modo existen en Italia otros recursos propios de jurisdicciones especiales que no corresponde estudiar en este trabajo.

1.2 Alemania

Entre los tratadistas alemanes de derecho administrativo no se habla de presunción de legalidad de los actos administrativos. Sin embargo, todo acto expedido por la Administración goza de una fuerza extraordinaria con efectos muy similares a los de la presunción de legalidad.

En efecto, partiendo desde Otto Mayer, quien compara los efectos del acto administrativo con los de la sentencia judicial, señalando que si ésta no cumple la ley, no es válida y debe anularse. Pero hasta que se anule es menester reconocerle efectos. Lo mismo ocurre con el acto administrativo⁴³. Forsthoff, por su parte, señala que a pesar de su irregularidad o defectuosidad, todo acto administrativo significa una manifestación de la autoridad del Estado y por ello implica una pretensión de cumplimiento. Por ello, aquel que confía en la validez del acto administrativo también merece protección. El acto administrativo no tiene valor por su concordancia con el ordenamiento jurídico, sino que porque emana de alguna autoridad estatal. Por ello, aunque no sea legal, no necesariamente será nulo. El principio general será que en caso de duda, también el acto defectuoso es válido⁴⁴.

Forsthoff dice que de las leyes se pueden inferir sólo parcialmente los requisitos que todo acto administrativo debe cumplir, siendo las leyes modernas las que van llenando ese vacío⁴⁵. Esto no ha cambiado mayormente, pues no todos coinciden en cuáles serían los requisitos que

⁴² *Ibid.*, p. 672.

⁴³ MAYER, Otto. "Derecho Administrativo Alemán". Ediciones Depalma, 1982. Tomo I, P. 131.

⁴⁴ FORSTHOFF, Ernst. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo I. Instituto de estudios políticos, 1958. P. 312.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 307.

deben cumplirse. A contrario sensu, Fritz Fleiner nos señala aquellos vicios que son considerados las más graves infracciones que un acto administrativo pueda tener: la autoridad de la que emana la orden debe ser competente tanto en materia como en lugar⁴⁶; debe dictarse en la forma prescrita por la ley y respetando las normas esenciales del procedimiento; que se cumplan todas las condiciones que la ley considera imprescindibles; y, no debe contravenir ninguna orden prohibitiva⁴⁷.

Contemporáneamente, Hartmut Maurer incluye dentro de los posibles vicios de validez o irregularidad una comprobación insuficiente de o una valoración defectuosa de los hechos relevantes para la decisión, razones que juegan un importante papel en la práctica⁴⁸. Si el acto contiene uno sólo de estos vicios se considera que la orden es nula y carece de toda validez jurídica, la que ni siquiera le es reconocida en apariencia. Al ser vicios tan evidentes, no es necesaria una declaración de nulidad por parte del juez, pero se prefiere que exista una por razones de seguridad jurídica, eliminando con ella toda posible apariencia de acto administrativo⁴⁹. Mientras tenga al menos una apariencia de Derecho, existe la presunción de que habrá que proceder de acuerdo al acto⁵⁰. Esta apreciación de los hechos debe ser realizada al momento de dictarse el acto: no afectará la validez todo cambio de circunstancias acontecido con posterioridad⁵¹. Todo acto que no contenga alguno de estos vicios al momento de ser dictado se considera válido y no perderá esta calidad hasta que exista una declaración en sentido contrario. La cuestión de la validez de un acto administrativo no está, por tanto, vinculada a la de su conformidad con el Derecho sino exclusivamente a la de su eficacia⁵². Los conceptos válido o inválido se refieren al supuesto de hecho, y el de eficaz-ineficaz a las consecuencias jurídicas que puede producir el acto⁵³. Forsthoff critica el lenguaje de Mayer que habla de invalidez para cualquier caso en que la eficacia de acto administrativo mengüe,

⁴⁶ Este es el único defecto que Adolf Merkl señala, porque es difícil distinguir otras hipótesis con violaciones al derecho que solo producen la anulabilidad. En MERKL, Adolf. "Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Comares, 2004.

⁴⁷ FLEINER, Fritz. "Instituciones de Derecho Administrativo". Labor, 1933. P. 163.

⁴⁸ MAURER, Hartmut. "Derecho Administrativo. Parte General". Marcial Pons, 2011. P. 265

⁴⁹ MÜLLER-GRUN, Sven. "Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania". Artículo publicado en "Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina", Konrad Adenauer Stiftung, 2009. P. 42.

⁵⁰ FORSTHOFF, Ernst. Op. cit., p. 313.

⁵¹ MAURER, Hartmut. Op. Cit., p. 266.

⁵² MÜLLER-GRUN, Sven. Op. Cit., p. 42.

⁵³ MAURER, Hartmut. Op. cit., p. 275.

porque los actos anulables por recursos o revocación es inicialmente eficaz de facto y de iure⁵⁴. Este acto puede ser dejado sin efecto por la misma autoridad, su superior jerárquico y mediante un proceso contencioso-administrativo iniciado por la persona que se considera afectada por la orden. Si es declarado nulo, se considera que nunca ha tenido efectos. Hablaremos de 'nulidad' cuando por sus deficiencias jurídicas no puede considerarse como un acto administrativo existente, como jurídicamente relevante⁵⁵. Por el contrario, hablaremos de anulabilidad o impugnabilidad si a pesar de los vicios jurídicos el acto tiene eficacia, pero el acto puede ser impugnado ante las autoridades correspondientes. La anulabilidad se caracteriza por el carácter ex nunc del acto que lo anula⁵⁶.

Las oportunidades de las personas para impugnar la legalidad de los actos son bastante limitadas. A menos que la orden presente alguno de los vicios que revisamos, existe un plazo acotado para que las personas puedan cuestionar la validez de la misma. Mediante la presentación de la llamada reclamación, si se dirige a la misma autoridad de la cual emanó el acto administrativo, o recurso si es dirigido al superior jerárquico, se pretende que la autoridad modifique la resolución de acuerdo a los fines que estime conveniente. La tramitación de esta reclamación supone que primero el mismo órgano que emitió el documento lo revisará, y si estima adecuada la reclamación, le dará lugar. De no ser así, conocerá de ella su superior jerárquico⁵⁷. Sin embargo, no siempre se gana la causa, sino que el sistema considera que basta con que la autoridad haya concedido al recurrente un nuevo examen de la causa. Es más, Otto Mayer señala que frecuentemente el rescrito, es decir, la respuesta de la autoridad, dirá que no es el caso hacer lugar al recurso, lo que francamente quiere decir que no está dispuesta a ocuparse nuevamente del asunto⁵⁸. Una vez transcurrido el plazo para presentar estos recursos, el acto adquiere 'fuerza de ley formal'⁵⁹. Los ciudadanos se verán obligados a dar cumplimiento a la orden, a menos que la autoridad decida revocarla o el superior jerárquico decida anular la orden. Del mismo modo, cualquier vicio impugnabile que pueda presentar el acto se considera subsanado por el mero transcurso del tiempo. No obstante, ningún acto nulo podrá alcanzar jamás este estado de fuerza de ley formal⁶⁰. Esta firmeza material es un aspecto

⁵⁴ FORSTHOFF, Ernst. Op. cit., p. 313.

⁵⁵ MERKL, Adolf. Op. Cit., p. 248.

⁵⁶ Ibid., p. 249.

⁵⁷ MAURER, Hartmut. Op. cit., p. 278.

⁵⁸ MAYER, Otto. Op cit., Tomo I, P. 204.

⁵⁹ FLEINER, Fritz. Op. cit., p. 157.

⁶⁰ FLEINER, Fritz. Op. Cit., p. 167.

más polémico, pues implica que tanto el ciudadano como el órgano administrativo están vinculados a este contrato, sin posibilidad de que exista una impugnación exitosa. Esta fuerza material continuará sólo mientras exista el acto, que puede decaer por el ejercicio de otras facultades de la Administración (que no son los recursos), como la revisión o la revocación, que serán admisibles sólo limitadamente⁶¹. Merkl denomina como estado de fuerza de cosa juzgada a aquellos actos que ya no puedan ser modificados en ningún caso por actos de la misma especie o lo son bajo circunstancias determinadas solamente⁶².

La ley permite a la Administración rectificar en cualquier momento sus actos manifiestamente erróneos. En este caso no es aplicable el principio de protección de la confianza legítima⁶³. La doctrina alemana diferencia entre anulación y revocación, siendo la primera el retiro de actos administrativos antijurídicos; y la segunda, el retiro de actos conformes a derecho. La primera es denominada 'revisión de oficio' por Maurer⁶⁴. Esta distinción fue recogida posteriormente por la legislación. La anulación puede llevarse a cabo en cualquier momento, pero en virtud de los principios de la seguridad jurídica y/o protección de la confianza legítima, que goza también de rango constitucional, se limitan los casos en que puede anularse el acto cuando ha sido favorable para los ciudadanos y se fija un límite temporal para ello (1 año). La protección de la confianza legítima también tiene expresión en el hecho de que si el acto es revocado por la Administración, sólo tendrá efectos ex nunc, para proteger la confianza en la duración del acto⁶⁵. Por su parte, la revocación no presenta limitaciones cuando el acto es desfavorable para las personas, pero en el caso contrario la ley ha regulado estrictamente a esta facultad, y además se contempla una indemnización al particular cuando éste podía confiar en el acto y dicha confianza era digna de protección⁶⁶. El §50 establece una regla especial para revocar actos favorables pero que lesionan a un tercero y éste impugna el acto. Es por norma expresa que puede en este caso ignorar el principio de confianza legítima. Sin embargo, a jurisprudencia y la doctrina continúan discutiendo sobre los requisitos que este artículo impone⁶⁷.

⁶¹ MAURER, Hartmut. Op. cit., p. 301.

⁶² MERKL, Adolf. Op. Cit., p. 257.

⁶³ Ibid., p. 267.

⁶⁴ Ibid., P. 304.

⁶⁵ FORSTHOFF, Ernst. Op. Cit., p. 361.

⁶⁶ MULLER-GRUN, Sven. Op. Cit., pp. 44 y 45.

⁶⁷ MAURER, Hartmut. Op. cit., p. 340.

1.3 Francia

En este país existe la prerrogativa exorbitante de la Administración denominada “privilegio de la presunción previa” o “le privilège du préalable”. Jean Rivero señala que este privilegio es también denominado “autoridad de cosa decidida” por el decano Vedel⁶⁸. Yves Gaudement la define como la dispensa de dirigirse previamente a la justicia para ejecutar un acto administrativo⁶⁹. Esta institución tiene las mismas consecuencias que la presunción de legalidad, es decir, el acto crea una nueva situación por su solo mérito, siendo el particular quien debe probar ante el juez que la decisión no está conforme con el derecho. El recurso a que dicha reclamación da lugar no suspende el cumplimiento de la orden. El fundamento de este privilegio sería la autoridad que se otorga a la decisión de la Administración de manera previa a la revisión por un juez. Georges Vedel distingue entre la decisión ejecutoria, que implica poder ser ejecutada por la misma Administración, y la ejecución forzosa, la que no siempre será posible⁷⁰. Gaudemet cree que los administrados se ven perjudicados por el privilegio de presunción previa, porque impide la suspensión de la ejecución del acto hasta que el recurso interpuesto no haya sido resuelto favorablemente para él⁷¹.

La ilegalidad de un acto puede tener diferentes causas, como la ilegalidad relativa a la calidad del autor del acto; relativa al propósito del agente, conocida bajo la expresiva denominación de ‘desviación de poder’; relativa a la forma; relativa al objeto; y a los motivos del acto⁷².

A diferencia de la doctrina chilena, pero inspirando a autores de otros países de Latinoamérica, la doctrina francesa distingue tres grados de invalidez del acto administrativo: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. La inexistencia es la forma agravada de nulidad, para casos groseros en la inobservancia de formalidades, como la falta de firma de la autoridad⁷³. Ante la gravedad de estos casos, los actos pueden ser retirados en cualquier tiempo y tanto los jueces judiciales como los administrativos pueden constatarla. La nulidad

⁶⁸ RIVERO, Jean. “Derecho administrativo”. Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984. P. 111.

⁶⁹ GAUDEMET, Yves. “Droit Administratif”. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. P. 86.

⁷⁰ VEDEL, Georges. “Derecho Administrativo”. Aguilar, 1980. P. 167.

⁷¹ GAUDEMET, Yves. Op. Cit., p. 86.

⁷² Ibid., p. 109.

⁷³ RIVERO, Jean. Op. Cit., p. 120.

absoluta corresponde a la forma regular de invalidación, y se centra en la ilegalidad de los elementos del acto: incompetencia del funcionario que lo otorgó; incumplimiento del procedimiento de elaboración (vicios de forma); el fin (desviación de poder); y (violación de la ley) el objeto y los motivos⁷⁴. La nulidad relativa es el grado más leve de invalidez y dice relación con aquellos vicios de forma establecidos a favor de la Administración, no de los administrados.

Para alegar la ilegalidad de un acto, el derecho francés contempla varias opciones. Benoit menciona los recursos ante la misma Administración denominados “recurso gracioso” y el “recurso jerárquico”. Este mismo autor señala que la Administración suele acoger estos recursos, restableciendo la legalidad y protegiendo adecuadamente los derechos de los ciudadanos⁷⁵. En estos casos, la misma Administración puede no sólo dejar sin efecto el acto: también puede modificarlo, facultad de la que el juez carece⁷⁶. El derecho francés además acepta la posibilidad de cuestionar la validez de los actos administrativos accesoriamente a una cuestión principal en la que se discuta algo completamente diferente, en cuyo caso el juez judicial reenvía la cuestión al juez administrativo para que en definitiva sea éste quien resuelva sobre la legalidad del acto. No obstante, el “recurso de exceso de poder” es el medio más característico de esta legislación. Es el medio directo para atacar la ilegalidad de un acto por excelencia, y es llamado la “pieza maestra” del sistema de sanción del principio de legalidad⁷⁷. Con éste, pueden atacarse todos aquellos vicios que vimos dicen relación con los elementos del acto administrativo: incompetencia del funcionario que emitió el acto, violación de formalidades establecidas, desviación de poder y error en los motivos por los cuales se dicta el acto⁷⁸. Gaudemet agrega la violación de la ley⁷⁹. Su base jurisprudencial lo ha dotado de muchos de los atributos que lo caracterizan, como su carácter jerárquico (en un principio debía presentarse al Jefe de Estado), y su constante evolución⁸⁰. Para interponer este recurso, el demandante debe probar su interés en la causa, debe ser iniciado con posterioridad a que el

⁷⁴ Ibid., p. 119.

⁷⁵ BENOIT, Francis-Paul. “El Derecho Administrativo francés”. Instituto de Estudios Administrativos, 1977. P. 697.

⁷⁶ DE LAUBADÈRE, André. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Temis, 1984. P. 90

⁷⁷ BENOIT, Francis-Paul. Op. Cit., p. 699.

⁷⁸ Ibid., p. 709. André De Laubadère señala las mismas en DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. Op. Cit., p. 105.

⁷⁹ GAUDEMET, Yves. Op. Cit., p. 144.

⁸⁰ DE LAUBADÈRE, André. Op. Cit., p. 93.

acto haya sido puesto en conocimiento del afectado y la jurisprudencia ha eliminado progresivamente la necesidad de haber agotado todo otro recurso posible⁸¹.

Otra interesante distinción que realiza la doctrina francesa dice relación con la derogación y revocación. La primera es aquella en que la decisión se elimina sólo para el futuro, sea mediante la supresión del acto o su modificación con uno posterior. Esta facultad no presenta limitaciones y nadie puede oponerse a ella. Los motivos para derogar un acto pueden variar: demanda del interesado, iniciativa del autor o por ilegalidad. La misma autoridad que dictó el acto debe derogarlo, y el acto derogatorio debe cumplir las mismas formalidades que cumplió el acto que será derogado⁸². Por mucho tiempo el juez negó la posibilidad de que un administrado lo solicitara: sólo la Administración tenía esta facultad⁸³. La revocación, por su parte, al tener efectos retroactivos, sí presenta ciertas limitaciones para ser ejercida. En caso de no haber creado derechos, puede revocarse todo acto sin mayores problemas. En caso de haberlos creado, hay que distinguir si el acto es regular o no. Si es regular, no podrá ser revocado; pero si es irregular, sólo podrá serlo para permitir a la misma Administración corregir dichas irregularidades. No existe otro motivo posible para proceder a revocar un acto. Del mismo modo, el plazo para ejercer la facultad de revocar el acto es el mismo que para solicitar la anulación contenciosa del mismo⁸⁴. Benoit denomina a estas mismas instituciones abrogación y anulación⁸⁵, respectivamente, lenguaje que también es usado por Jacqueline Morand-Deville⁸⁶. Finalmente, es importante destacar que entre la seguridad jurídica y la legalidad, la jurisprudencia opta por la primera. A pesar de esta opción, la decisión ejecutoria no adquirirá jamás la fuerza de la cosa juzgada⁸⁷, sino que de ‘cosa decidida’, que se ubicaría entre la fuerza de cosa juzgada de las sentencias, y la fuerza que tiene los actos de privados⁸⁸.

⁸¹ Ibid., 97

⁸² VEDEL, Georges. Op. Cit., p. 160.

⁸³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. “Curso de Derecho Administrativo”. Universidad Externado de Colombia, 2010. P. 412.

⁸⁴ VEDEL, Georges. Op. Cit., p. 162.

⁸⁵ BENOIT, Francis-Paul. Op. Cit., p. 692.

⁸⁶ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Op. Cit., p. 411.

⁸⁷ VEDEL, Georges. Op. cit., p. 166.

⁸⁸ Ibid., p. 167.

1.4 Inglaterra

La doctrina anglosajona no reconoce la existencia de la presunción de legalidad como una institución del derecho administrativo. Sin embargo, H. R. Wade ubica ya en 1869 una regla que produce los mismos efectos de la presunción de legalidad en el sistema continental, cuando la Cámara de los Lores señala que “*en ausencia de alguna prueba en contrario, debe darse crédito a los funcionarios públicos, quienes prima facie han actuado dentro de los límites de su autoridad, por haberlo hecho con honestidad y discreción*”⁸⁹. Continúa Wade diciendo que los jueces también han hablado de una ‘claramente establecida presunción de que los deberes estatutarios son realizados debida y apropiadamente’⁹⁰. Paul Craig señala que la regla general es que quien alega la invalidez del acto debe producir alguna evidencia en ese sentido, porque se presume que los actos públicos son legales y que el demandante debe probar lo contrario. Sin embargo, no hay regla que diga que los actos ilegales deban ser tratados como válidos, lo que es algo distinto. Lord Steyn habría sostenido en *Boddington* que mientras no haya una regla que conceda validez a actos ilícitos, debe considerarse que las leyes subordinadas y los actos administrativos son válidos mientras no se pruebe lo contrario⁹¹. Más adelante sostiene que los instrumentos públicos son válidos hasta que se haya probado exitosamente lo contrario. Si y cuando haya sido así, se declarará nulo y se retrotraerán sus efectos, pero no antes⁹². Adam Tomkins señala que los particulares pueden pedir la revisión judicial de los actos administrativos por dos causas genéricas: la ilegalidad e irracionalidad⁹³. Como se subentiende que es la ilegalidad, pasaremos a lo que se denominó irracionalidad por Lord Diplock, quien señaló que no puede pedirse la revisión judicial porque un acto parezca irrazonable, a menos que sea “tan irracional que ninguna autoridad racional lo habría adoptado nunca”, porque “es tan indignante en su desafío a la lógica o a los estándares morales generalmente aceptados que ninguna persona sensible que hubiese puesto su mente en la cuestión habría llegado a dicha actuación”⁹⁴. Craig también señala que en el caso de decidir que sólo una parte del acto es nulo, debe eliminarse sólo esa y mantener el resto, sin tener opción de ‘reescribir’ la parte nula por parte del juez⁹⁵.

⁸⁹ WADE, Henry William Rawson. “Administrative Law”. Oxford University Press, 2000. P. 299.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CRAIG, Paul. “Administrative Law”. Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2008. P. 780.

⁹² Ibid., p. 782.

⁹³ TOMKINS, Adam. “Public Law”. Oxford University Press, 2003. P. 176.

⁹⁴ Ibid., p. 177.

⁹⁵ CRAIG, Paul. Op. cit., p. 785.

A pesar de que a primera vista esta parece ser exactamente la misma regla que rige en otros países, incluyendo a Chile, esta presunción inglesa presenta interesantes diferencias. En primer lugar, la inversión de la carga de la prueba no es absoluta: la autoridad puede verse obligada a demostrar que se cumplieron las condiciones para ejercer una facultad determinada. Wade refiere un caso en que el Poder Ejecutivo tuvo que probar que se cumplieron todos los elementos requeridos para deportar a un jefe nigeriano. Mientras más evidente sea el vicio, más fácil será la transferencia de la carga de la prueba desde el ciudadano hacia la Administración.

Otra importante diferencia con los sistemas conocidos, es que en Inglaterra no se ha desarrollado un recurso especializado para atacar las ilegalidades que un acto administrativo pueda presentar: se puede cuestionar la validez de un acto en todo juicio donde dicha alegación sea pertinente. Es decir, se puede solicitar la nulidad del acto tanto directa como colateralmente. Craig señala que el principio general es que cualquier defecto que pueda ser tratado judicialmente en procedimientos directos, es igualmente atacable colateralmente⁹⁶. No obstante, existen algunas excepciones a esta regla, las que son bastante simples. Primero, no podrá alegarse la nulidad si es que hay una norma en sentido contrario. Segundo, tampoco si hay una norma que establezca que existe sólo un recurso posible para cuestionar la validez de la norma. Y finalmente, que los fines de la norma sean tan específicos que no puedan cuestionarse. Aquí Wade da como ejemplo una orden dada a la madre de un niño con fiebre tifoidea para que lo retirara del hospital, la que no se permitió cuestionar porque la orden buscaba impedir rápidamente el contagio⁹⁷.

Carol Harlow y Richard Rawlings realizaron un estudio de todos los casos en los que se pidió la revisión judicial de actos administrativos y llegaron a las siguientes conclusiones. En primer lugar, la cantidad de casos es poca en comparación a países con sistemas más especializados de control judicial⁹⁸. En segundo lugar, que los temas por los que más se solicita la revisión judicial son asilo e inmigración⁹⁹, y accesibilidad y extensión de la justicia, puesto que en Inglaterra existe la regla de que el perdedor cargue con todos los gastos. Este segundo tema es el rechazo del deber de pagar los costos en los que ha incurrido la contraparte

⁹⁶ CRAIG, Paul. Op. Cit., p. 761.

⁹⁷ WADE, Henry William Rawson. Op. Cit., p. 291.

⁹⁸ HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard. "Law and Administration". Cambridge University Press, 2009. P. 712.

⁹⁹ Ibid., p. 713.

en la preparación de su defensa¹⁰⁰. Generalmente los jueces no conceden la revisión del caso, ni siquiera en el momento cúlmine de presentación de demandas, el que ya viene en declive¹⁰¹.

La última peculiaridad del sistema inglés que reseñaremos es que Wade fue el único de los autores estudiados que muestra preocupación por el tema del estándar probatorio en el derecho administrativo. Se pronuncia por el estándar propio de los casos civiles, basado en un sistema de probabilidades, en oposición al penal, donde debe haber convicción más allá de toda duda razonable¹⁰². No obstante, reconoce la flexibilidad que presenta el estándar civil, de modo que se requerirá más y mejor evidencia en aquellos casos que por su naturaleza y gravedad lo requieran.

1.5 España

La presunción de legitimidad ha sido muy discutida en la doctrina española. Por un lado, se han desarrollado notablemente los alcances, distinciones y consecuencias de la existencia de la presunción de legalidad, consagrada legalmente hace más de cincuenta años, y por otro lado, existe una postura crítica muy fuerte que considera que la presunción es una institución anticuada y antidemocrática, representada por Santamaría Pastor y Doménech, entre otros. A pesar de los muchos años en que ha existido en este país la Ley de Procedimiento Administrativo, la doctrina española continúa centrándose en debates que no se repiten en otras partes del mundo, como el significado que debe atribuírsele a las expresiones ‘revocación’ y ‘anulación’; tampoco existe consenso en señalar cuál es la relación existente entre la presunción de legitimidad del acto administrativo y la ejecutoriedad del mismo; y cuántas categorías de ineficacia existen realmente. Nos referiremos a cada una de estas discusiones.

La primera precisión que debemos realizar, dice relación con el nombre mismo de la presunción de legalidad. Manuel Rebollo Puig señala que la denominación correcta de esta institución es ‘presunción de validez’, que no puede considerarse equivalente al nombre que hasta la LPC usa. La legalidad no es lo mismo que la validez, porque mientras la ilegalidad dice relación con la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, la invalidez es la

¹⁰⁰ Ibid., p. 715.

¹⁰¹ Ibid..., p. 717.

¹⁰² WADE, Henry William Rawson. Op. Cit., p. 297.

consecuencia que el mismo ordenamiento prevé y que considera factores adicionales a la legalidad¹⁰³. En consecuencia, un acto puede adolecer de vicios de nulidad reconocidos por contundentes y coincidentes informes jurídicos de distintos órganos, como el Defensor del Pueblo o el Consejo de Estado, o incluso puede reconocerlo así un juez penal, pero de todos modos la presunción de validez se mantiene, porque puede haber otras razones que aconsejen mantener el acto dentro del ordenamiento¹⁰⁴. Es más, en todos aquellos casos en que exista una infracción al ordenamiento y exista una sanción diferente a la invalidez del mismo, como la responsabilidad funcionaria, lo que se habrá destruido es la presunción de legalidad, no la presunción de validez del acto administrativo¹⁰⁵. Es esta diferencia de conceptos lo que explica la existencia de la categoría de irregularidades no invalidantes.

Otra crítica que realiza Rebollo Puig dentro del nombre de la institución, es que se le denomine ‘presunción de’ cuando en realidad es un efecto del acto administrativo¹⁰⁶. Así las cosas, este autor define la presunción de validez como “la cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa de que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados”¹⁰⁷. Esta crítica es coherente con lo que señalamos en el Capítulo I respecto a la estructura de la presunción propiamente tal: que no existe con claridad un hecho conocido que sirva de base a la posterior presunción de legalidad.

Luciano Parejo Alfonso señala que la base mínima para que opere la presunción de legitimidad es que el acto administrativo emane de una autoridad legalmente constituida, que haya observado mínimas formalidades procedimentales; y que tenga un contenido lícito y posible. En consecuencia, debe tener una mínima apariencia de acto jurídico¹⁰⁸. Luis Morrel Ocaña señala que las características de la presunción de legitimidad son estar establecida por la

¹⁰³ REBOLLO PUIG, Manuel. “La presunción de validez”. Civitas. Revista de Derecho Administrativo N° 128, 2005. P. 596.

¹⁰⁴ Ibid., p. 597.

¹⁰⁵ Ibid., p. 600.

¹⁰⁶ Ibid., p. 592.

¹⁰⁷ Ibid., p. 591.

¹⁰⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Tirant lo Banch, 2007. P. 476.

ley; ser una presunción iuris tantum; y, exige también al menos la apariencia de un acto administrativo para poder operar¹⁰⁹.

Para José Esteve Pardo, la razón por la cual la LPC consagró la presunción de legalidad de los actos administrativos es porque de este modo se puede proceder a la pronta ejecución de los actos administrativos, evitando la paralización que produciría el proceso de validar cada actuación ante tribunales¹¹⁰. Esta misma línea sigue David Blanquer, quien establece que el fondo de esta y otras presunciones establecidas en el Derecho Administrativo buscan garantizar el eficaz funcionamiento de las Administraciones Públicas¹¹¹. Según García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández, el fundamento de la presunción de legalidad de los actos administrativos radica en que estos emanan de una autoridad pública que se presume igualmente legítima¹¹², postura que Francisco González Navarro comparte¹¹³. Si externamente se manifiesta que el acto no proviene de una autoridad legítima, o de una autoridad incompetente, se dice que el acto es nulo de nulidad absoluta¹¹⁴.

Sobre la ineficacia de los actos administrativos, la doctrina divide los grados de invalidez en cuatro: inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa e irregularidades no invalidantes. Sobre la inexistencia, García de Enterría señala que su reconocimiento es discutible¹¹⁵, pero

¹⁰⁹ MORREL OCAÑA, Luis. “Curso de Derecho Administrativo” Tomo II, Editorial Aranzadi, 1996. P. 242 y ss.

¹¹⁰ ESTEVE PARDO, José. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Editorial Marcial Pons, 2011. P. 203.

¹¹¹ BLANQUER, David. “Curso de Derecho Administrativo II”. Tirant lo Blanch, 2006. P. 241.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo I” Civitas Ediciones, S.L., 2002. P. 612.

¹¹³ GONZALEZ NAVARRO, Francisco. “Derecho Administrativo español” Tomo II. Editorial Eunsa, 1988. P. 128.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. Cit., pp. 612 y ss.

¹¹⁵ No admiten esta categoría dentro de la ineficacia los siguientes autores: MATEO, Ramón Martín. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Trivium, 1992. P. 333; ENTRENA CUESTA, Rafael. “Curso de Derecho Administrativo”. Vol. I, Editorial Tecnos, 1988. P. 254; GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “Manual Básico de Derecho Administrativo”. Editorial Tecnos, 2003. P. 302; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. Cit., p. 143; GARRIDO FALLA, Fernando. “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Tecnos, 1989. P. 419; COSCULLUELA MONTANER, Luis. “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Civitas, 1991. P. 255; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Instituciones de Derecho Administrativo”. Thomson Civitas, 2007. P. 356; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. “Acto y Procedimiento Administrativo” Marcial Pons, 2001. P. 211; BOCANEGRA SIERRA, Raúl. “Lecciones sobre el acto administrativo”. Civitas, 2002. P. 165; CANO CAMPOS, Tomás. “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”. Thomson Civitas, 2004. P. 208; y BELADIEZ ROJO, Margarita. “Validez y eficacia de los actos administrativos”. Marcial Pons, 1994. P. 58. Quienes sí la reconoce son MORELL OCAÑA, Luis. Op. Cit., P. 244; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Derecho

necesario: hay requisitos tan obvios que tienden a omitirse entre aquellos elementos que en caso de incumplimiento dan lugar a la nulidad absoluta, y sin la existencia de una regla expresa no puede declararse la nulidad del acto. Como es de suponer, en el caso de los actos inexistentes no es necesaria la declaración del juez para poder desconocer los efectos del acto. Muñoz Machado sostiene lo mismo, señalando que la inexistencia es una categoría residual para aquellos actos que incurren en infracciones extremas que pueden ser desconocidos sin necesidad de impugnarlos siquiera. En todos los demás supuestos habrá que aplicar las reglas de la nulidad, sea absoluta o relativa¹¹⁶. En la misma línea se ubica Manuel Rebollo Puig, quien no comparte la apreciación de la inexistencia como la categoría máxima de nulidad¹¹⁷, pero sí reconoce la conveniencia y necesidad de admitirse una inexistencia material consistente en aquellos actos en los que no se advierte la declaración de voluntad de la Administración¹¹⁸.

Tampoco es necesaria la intervención del juez para decretar la nulidad absoluta o de pleno derecho, como segunda categoría de ineficacia. Aquí hablamos de vicios tan graves que ni siquiera se crea la apariencia de un acto y nunca habría surtido efectos, y son enumerados en la misma LPC. Ramón Martín Mateo matiza esta afirmación de García de Enterría, al señalar que precisamente en virtud del principio de legalidad, el acto puede producir efectos si no es atacado y revisado. La Administración incluso puede ejecutar forzosamente un acto nulo, aun cuando sea nulo absolutamente¹¹⁹. Sobre este punto existe gran controversia doctrinaria, pero Muñoz Machado también cree que aun un acto con apariencia de nulidad absoluta producirá efectos por la presunción de legalidad y la eficacia, sin perjuicio de los efectos de la declaración de nulidad. Para él es claro que en el Derecho español de todas formas el acto nulo absoluto produce efectos, ya que la sospecha del destinatario sólo implicará que éste deba cuestionarlo¹²⁰, y esto demuestra la verdadera independencia entre presunción de legalidad, eficacia y ejecutividad¹²¹. Rebollo Puig es aun más enfático en señalar que todo acto administrativo goza de presunción de validez, incluyendo a los nulos de nulidad absoluta.

Administrativo. Parte General”. Editorial Tecnos, 2005. P. 544; PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. Cit., P. 485. Quien estudia el tema en extenso es GARCÍA LUENGO, Javier. “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”. Civitas, 2002. P. 78 y ss.

¹¹⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV”. Iustel, 2011. P. 172.

¹¹⁷ REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., p. 613.

¹¹⁸ Ibid., p. 614.

¹¹⁹ MATEO, Ramón Martín. Op. Cit., p. 336. En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Op. Cit., p. 545.

¹²⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. Cit., p. 181.

¹²¹ Ibid., p. 90.

Señala que de no ser así, la presunción de validez no cumpliría con su sentido y su virtualidad, dejando abierta la puerta de la inseguridad que justamente trata de cerrar¹²². Una cosa es que un acto sea nulo y otra es que cualquiera pueda entenderlo así y sacar por su cuenta las consecuencias de ésta y niegue efectos al acto. Esto es precisamente lo que la presunción de validez busca evitar¹²³.

En tercer lugar, tenemos la nulidad relativa o la anulabilidad, que busca proteger los intereses de las personas afectadas por el acto administrativo, y en el caso en que estas personas no aleguen la existencia de estos vicios dentro de un período determinado, el acto sana y el vicio se purga¹²⁴. Estos también se encuentran tipificados en la ley. Esta es la regla general¹²⁵.

Finalmente, las irregularidades no invalidantes son consecuencia de las limitaciones que el mismo legislador ha impuesto a la nulidad, en virtud de la presunción de validez. Se considera dentro de esta categoría infracciones tales como e incumplimiento de plazos y términos y trámites formales o procedimentales¹²⁶.

En segundo término, pero muy relacionado a lo anterior, los tratadistas españoles han continuado la distinción entre validez y eficacia¹²⁷. David Blanquer y Tomás Cano Campos son un ejemplo, al distinguir entre ‘validez’, ‘vigencia’ y ‘eficacia’ entre sí¹²⁸. José Antonio García-Trevijano Fos distingue entre actos ‘perfectos’, actos ‘eficaces’ y actos ‘vigentes’¹²⁹. Aunque señala como límite a la eficacia de los actos aquellos que son nulos absolutos,

¹²² REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., p. 608.

¹²³ Ibid., p. 610.

¹²⁴ GARCÍA LUENGO, Javier. Op. Cit., P. 52. Sigue la teoría de Klaus Vogel en cuanto a que ésta debe ser la regla general de la nulidad de los actos administrativos porque es necesario que adquieran firmeza para evitar que impugnaciones muy posteriores obligaran a la Administración a hacerse cargo de actos concluidos con mucha anterioridad.

¹²⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. Cit., 179.

¹²⁶ BLANQUER, David. Op. Cit., p. 248 y 249.

¹²⁷ Encontramos ejemplos de esto en ENTRENA CUESTA, Rafael. Op. Cit., p. 244; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Op. Cit., p. 532; VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis. “Principios de Derecho Administrativo II”, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1993. P. 136; PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. Cit., p. 476; BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Op. Cit., p. 105. Margarita Beladiez Rojo cita a Santamaría y concuerda en que hasta el momento de la declaración de invalidez, validez y eficacia son dos conceptos completamente distintos en BELADIEZ ROJO, Margarita. Op. Cit., p. 54.

¹²⁸ BLANQUER, David. Op. Cit., p. 247. CANO CAMPOS, Tomás. “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”. Thomson Civitas, 2004. P. 173.

¹²⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. “Los actos administrativos”. Civitas, 1986. P. 333.

reconoce que éstos podrían haber surtido efectos si tienen al menos la apariencia de un acto válido. Si estos efectos se mantienen a pesar de la nulidad es para proteger a los terceros de buena fe, que nada de culpa tienen en la nulidad del acto¹³⁰. García de Enterría señala que aunque estos conceptos son distintos y atienden a diferentes aspectos, la verdad es que se encuentran muy relacionados¹³¹. Para que un acto se presuma legítimo o válido debe cumplir a priori ciertos requisitos mínimos, como provenir de una autoridad competente dentro del ámbito de sus funciones. Únicamente si estos requisitos de validez mínimos se cumplen, el ordenamiento jurídico dota al acto de eficacia¹³². El problema, continúa diciendo este autor, es que aunque jurídicamente esto sea muy claro, en el ámbito material estas reglas no se cumplen. Aun cuando el acto sea nulo de pleno derecho, la Administración puede exigir de todos modos su cumplimiento, incluso coaccionando a los destinatarios. En este caso, el particular sólo podrá defenderse mediante la interposición de los respectivos recursos. José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra señalan que mientras la validez se mueve en la esfera axiológica, la eficacia lo hace en una ontológica¹³³. Esteve Pardo también trata este tema, señalando que una vez deducido un recurso la autoridad administrativa debe prestar especial atención a las consecuencias que producirá el acto impugnado, porque el acto puede ser declarado nulo y aun así haber producido graves e irreversibles daños¹³⁴. Es por eso que la LPC ha incluido entre las causales de suspensión del acto una que atiende a que su ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. David Blanquer también distingue entre ‘legalidad’ y ‘validez’, siendo la primera el cumplimiento de lo establecido en las normas aplicables; y la segunda, a la valoración de la mayor o menor gravedad de la eventual infracción del ordenamiento jurídico, es decir, considerando al mismo tiempo los valores de la seguridad y la justicia, que pueden alterar la valoración inicial¹³⁵. Es por razones de seguridad jurídica que se impone un ‘respeto provisional’ a las decisiones administrativas mientras éstas no sean declaradas nulas, siendo la presunción de validez el correlato del Derecho Administrativo de la presunción de

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 337.

¹³¹ Misma opinión tiene Raúl Bocanegra Sierra respecto a los actos nulos, porque el artículo 57.1 establece la presunción y señala que producirán eficacia desde el momento en que se dicten, sin hacer la salvedad para los actos nulos. No opina lo mismo con respecto a los anulables, porque aquí los afectados tienen la posibilidad de dejar sin efecto los actos antes de que estos sean inatacables. BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *Op. Cit.*, p. 106 y 112

¹³² En el mismo sentido se pronuncian BOCANEGRA SIERRA, Raúl y GARCÍA LUENGO, Javier. “La eficacia y la validez de los actos administrativos”, publicado en “Lecciones y materiales para el estudio de Derecho Administrativo” Editorial Iustel, 2009. P. 182.

¹³³ VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis. *Op. Cit.*, p. 137.

¹³⁴ ESTEVE PARDO, José. *Op. Cit.*, p. 206.

¹³⁵ BLANQUER, David. *Op. Cit.*, p. 255.

inocencia del Derecho Penal. Santiago Muñoz Machado distingue ‘presunción de legitimidad’, ‘eficacia’ y ‘ejecutividad’, reconociendo que la mayoría de la doctrina los confunde entre sí. La primera es que la ley reconoce que la normalidad de los actos administrativos se adecuan a la realidad, hasta que se pruebe lo contrario. Eficacia es que desde que se dicta el acto administrativo estos son susceptibles de generar derechos e imponer obligaciones inmediatamente exigibles. La presunción de legalidad no necesariamente está vinculada a la eficacia, porque aun los actos anulables son eficaces hasta que se declare la nulidad. Incluso puede que nunca se dicte la nulidad y hayan desplegado todos sus efectos. La ejecutividad es una característica añadida a las anteriores, que puede operar de manera completamente independiente a las dos anteriores. Esta característica implica que los actos administrativos deben ser cumplidos inmediatamente por sus destinatarios o la Administración procederá a ejecutarlos coactivamente. Esta es la característica que realmente distingue a los actos administrativos de la generalidad de los actos de particulares¹³⁶.

A pesar de los muchos autores que efectivamente sostienen que validez y eficacia son conceptos diferentes, pero relacionados, es posible encontrar otros tratadistas que no lo consideran así, y generalmente la presunción de legalidad es el vínculo conector. Entre estos encontramos a Luciano Parejo Alfonso, quien señala que la presunción de legalidad proporciona el necesario fundamento jurídico a la inmediata eficacia del acto administrativo, por lo que en caso de faltar, el acto sería ineficaz¹³⁷. Ramón Martín Mateo también es una excepción a la distinción realizada entre validez y eficacia, pues al hablar de la eficacia de los actos administrativos se refiere a la ejecutividad de los mismos, señalando que el fundamento de esta característica del acto administrativo es precisamente la presunción de validez de la que gozan los actos administrativos¹³⁸. Ramón Entrena Cuesta también sostiene que la presunción de legalidad es el fundamento del privilegio de la ejecutividad¹³⁹. En el mismo sentido se pronuncian Fernando Garrido Falla¹⁴⁰, Miguel Sánchez Morón¹⁴¹, José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra¹⁴² y Raúl Bocanegra Sierra¹⁴³. Francisco González Navarro recoge esta idea pero la corrige, ya que según él señalarlo equivale a decir que un acto no será

¹³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. Cit., p. 81.

¹³⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. Cit., p. 476.

¹³⁸ MATEO, Ramón Martín. Op. Cit., p. 324.

¹³⁹ ENTRENA CUESTA, Rafael. Op. Cit., p. 249.

¹⁴⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. Op. Cit., P. 461.

¹⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Op. Cit., P. 531.

¹⁴² VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. Cit., p. 132.

¹⁴³ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Op. Cit., p. 112.

ejecutivo si no logra acreditarse la presunción, lo que no resulta efectivo porque hay muchas causas por las que un acto puede carecer de dicha calidad que nada tienen que ver con su legitimidad, como la falta de autorización de un superior, por ejemplo¹⁴⁴. También critica esta confusión Ramón Parada¹⁴⁵, quien valida la distinción realizada, pues señala que la presunción de legalidad existe también en los actos privados, siendo verdaderamente la ejecutividad la que distingue éstos de los actos emanados de la Administración¹⁴⁶. También las distingue Luis Cosculluela Montaner, quien señala que ambos corresponden a privilegios de la Administración y que se complementan entre sí¹⁴⁷. Andrés Betancor Rodríguez señala que la presunción de legalidad es el fundamento teórico de la ejecutividad, junto al fundamento práctico de la imposibilidad de demorar los intereses de la Administración¹⁴⁸. Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach ubican a la presunción de legitimidad dentro de la secuencia formada por la ejecutoriedad-ejecutividad-ejecución forzosa, ubicándola en el primer escalón, ya que el acto se presume válido y una vez notificado o publicado, si no concurre alguna de las excepciones señaladas por ley, el acto administrativo pasa a ser eficaz¹⁴⁹. Margarita Beladiez Rojo, guiándose por el artículo 57 de la LPC, señala que un acto es eficaz desde el momento en que adquiere la presunción de legalidad, ya que por presumirse válido es que el acto puede producir efectos¹⁵⁰. La ejecutividad sólo está ligada a la presunción de legalidad en la medida en que sería absurdo y antijurídico que se reconociera legalmente aquella condición a actos que no se presuman válidos, pero la ejecutividad no necesariamente deriva de la presunción de legalidad; sí lo es el reconocimiento de que producen efectos todos los actos que se presumen válidos. Si la presunción de legalidad cesa, también lo harán la eficacia y la ejecutividad del acto¹⁵¹.

La legislación española también permite a la Administración revocar sus propios actos. A diferencia de otros países, García de Enterría denomina “revocación” a la actividad de la Administración de retirar sus propios actos. No realiza una distinción respecto a la retroactividad de los efectos, como en Francia, o a las causas del retiro del acto, como en

¹⁴⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. Cit., p. 129.

¹⁴⁵ PARADA, Ramón. “Derecho Administrativo”. Tomo I, Parte general. Editorial Marcial Pons, 1992. P. 140.

¹⁴⁶ *Ibíd.* P. 142.

¹⁴⁷ COSCULLUELA MONTANER, Luis. Op. Cit., p. 128.

¹⁴⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. “El acto ejecutivo”. Centro de estudios constitucionales, 1992. P. 415.

¹⁴⁹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Op. Cit., p. 235.

¹⁵⁰ BELADIEZ ROJO, Margarita. Op. Cit., p. 168.

¹⁵¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. Cit., p. 87.

Alemania. Quien sí efectúa una distinción, es Ramón Martín Mateo al señalar que la ‘revocación’ corresponde al retiro del acto por razones de oportunidad o conveniencia, pero con el límite de no poder retirarlo si el acto se encuentra dentro de la categoría de válido¹⁵². José Bermejo Vera, por su parte, sostiene exactamente lo contrario: él denomina ‘revocación de actos anulables’ a la actividad de la Administración de dejar sin efecto sus propios actos ilegales¹⁵³. Miguel Sánchez Morón considera que ‘revocación’ es una categoría residual o amplia, que permite dejar sin efecto actos sea por razones de legalidad u oportunidad¹⁵⁴. Rafael Entrena Cuesta se refiere a la confusión conceptual que hay sobre estos términos, señalando que hay quienes consideran que ‘anulación’ implica la eliminación del mundo jurídico de un acto por parte del mismo órgano que lo dictó y ‘revocación’ si es el superior jerárquico quien efectúa la eliminación; para otros, la ‘anulación’ implica la eliminación del acto por motivos existentes al momento de dictarse el acto y ‘revocación’ si la causa es sobreviniente o por razones de mérito o conveniencia; y finalmente, hay quienes utilizan la palabra ‘anulación’ si el retiro del acto se debe a razones de legalidad y ‘revocación’ si es por motivos de conveniencia¹⁵⁵. Él se incluye dentro del tercer grupo. Francisco González Navarro agrega los siguientes criterios para la distinciones entre anulación y revocación: será ‘anulación’ si es el Poder Judicial quien elimina del ordenamiento al acto jurídico, y ‘revocación’ si es la Administración quien lo hace¹⁵⁶; la ‘anulación’ se reserva a aquellos vicios tan graves que son causal de nulidad de pleno derecho y la ‘revocación’ es para vicios menos importantes, simplemente anulables; la ‘anulación’ se preocupa de vicios de forma, y la ‘revocación’, de vicios de fondo¹⁵⁷.

José María Boquera Oliver se muestra contrario a la posibilidad de que la Administración pueda dejar sin efecto sus propios actos mediante la emisión de uno nuevo, precisamente en virtud de la presunción de legalidad¹⁵⁸. Si la Administración estima que un acto es ilegal y por ello dicta uno nuevo, es porque se ha erigido en jueza de sí misma, lo que no se encuentra

¹⁵² MATEO, Ramón Martín. Op. Cit., p. 331.

¹⁵³ BERMEJO VERA, José. “Derecho Administrativo Básico”. Editorial Thomson Civitas, 2005. P. 219.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Op. Cit., p. 558.

¹⁵⁵ ENTRENA CUESTA, Rafael. Op. Cit., p. 261. Luciano Parejo Alfonso también se ubica en este tercer grupo. PAREJO ALFONSO, Luciano. Op. Cit., p. 489.

¹⁵⁶ En esta postura se encuentra BOQUERA OLIVER, José María. “Estudios sobre el acto administración”. Editorial Civitas, 1990. P. 371.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. Cit., p. 144.

¹⁵⁸ BOQUERA OLIVER, José María. Op. Cit., p. 376.

permitido¹⁵⁹. Tampoco acepta el argumento de que puede hacerlo mientras no afecte los derechos de los ciudadanos, porque todo acto administrativo busca generar un beneficio a la sociedad, señalando que carecería de finalidad de no ser así, por lo que necesariamente la revocación del acto perjudicaría a alguien¹⁶⁰. Margarita Beladiez Rojo también se opone a la libre revocabilidad de los actos administrativos, incluso de aquellos que imponen gravámenes, en virtud del principio de conservación¹⁶¹. Comparte la idea de que puede haber un interés indeterminado y de carácter público en mantener dicho acto de gravamen¹⁶². Muñoz Machado comenta la reforma legal realizada en el año 1999, que excluyó a los actos anulables de aquellos que pueden ser revisados por la Administración. No considera que los argumentos dados hayan sido muy razonables, porque las ventajas en ambas se mantienen, como la eficacia y la economía. Con posterioridad a esta reforma, lo único que puede hacer la Administración es iniciar el recurso de lesividad¹⁶³.

A pesar de la existencia de esta interesante discusión en los círculos académicos, a fin de cuentas es la misma ley la que termina señalando los casos y supuestos en los que puede declararse la nulidad, sea absoluta o relativa, sin importar si ésta es denominada ‘anulación’ o ‘revocación’. La LPC también indica los casos en los que se permite que la misma Administración revise de oficio sus actos, avance que García de Enterría valora especialmente. José Bermejo Vera señala las varias condiciones que deben reunirse para que la Administración pueda hacer uso de esta facultad: haberse puesto fin a la vía administrativa; que el órgano que realice este control esté facultado por ley para hacerlo; y que exista un dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano homólogo¹⁶⁴. Todos estos supuestos se refieren a problemas de legalidad de los mismos actos, por lo que se permite que en ciertos casos se dejen sin efecto incluso actos favorables para los administrados¹⁶⁵. La LPC también se preocupa de señalar el procedimiento mediante al cual la revisión puede ser llevada a cabo y fija un plazo máximo para ello, más allá del cual la Administración no puede alterar sus actos. Vemos acá una posición mucho menos favorable para las personas que la consagrada en la

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 377.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 378.

¹⁶¹ BELADIEZ ROJO, Margarita. *Op. Cit.*, p. 163.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 164.

¹⁶³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Op. Cit.*, p. 220.

¹⁶⁴ BERMEJO VERA, José. *Op. Cit.*, p. 216.

¹⁶⁵ Este aspecto es criticado por David Blanquer, al indicar que además de los privilegios ya mencionados, la Administración tiene también el de expulsar del mundo del Derecho los actos radicalmente nulos, aun cuando estos sean favorables a los ciudadanos. BLANQUER, David. *Op. Cit.*, p. 249.

legislación chilena, en la que todo derecho legalmente adquirido goza de protección constitucional, siendo suficiente que el derecho haya entrado al patrimonio de los beneficiados y sin exigencias de que trascorra plazo alguno. Esta mera circunstancia incluso representa un límite a las facultades de la Administración de invalidar sus propios actos.

Finalmente, en la LPC también se permite la revocación del acto por razones de oportunidad, pero esta es muy excepcional, puesto que es necesario que exista una habilitación legal expresa en dicho sentido¹⁶⁶. A diferencia de los casos en que el acto se deja sin efecto por razones de legalidad, no se permite revocar un acto favorable a los administrados por razones de oportunidad o conveniencia a los intereses generales. A pesar de lo favorable de este principio para los intereses particulares, García de Enterría estima que es una solución muy rígida y que sería mejor una posición de equilibrio, proponiendo un sistema en el que se permita revocar el acto en ciertos casos, pero compensando al administrado mediante el pago de una indemnización, como ocurre en las expropiaciones¹⁶⁷. Muñoz Machado agrega que también en este caso sería necesaria una norma legal expresa que habilite a la Administración a expropiar un derecho del administrado¹⁶⁸.

Dentro de los efectos señalados para la presunción de legalidad en España, encontramos a un chileno, Raúl Letelier, quien en su reciente obra “Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas” señala que entre los efectos que se han señalado para la presunción de legalidad se encuentran los siguientes¹⁶⁹:

- a. la presunción de legalidad como regla de la carga de la prueba, correspondiendo al administrado impugnar la norma que estima ilegal¹⁷⁰. Sobre esta explicación, señala que nada aporta de novedoso, pues el artículo 1.214 del Código Civil español ya consagra la norma de que el actor debe probar los hechos que alega y que son fundamento de su pretensión¹⁷¹. Ramón Parada agrega que de modo alguno esta regla de la carga de la prueba es absoluta, y para confirmarlo cita

¹⁶⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. Cit., p. 232.

¹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. Cit., p. 671.

¹⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Op. Cit., p. 233.

¹⁶⁹ LETELIER WARTENBERG, Raúl. “Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas”. Editorial Civitas Thomson Reuters, 2011. P. 243 y ss.

¹⁷⁰ Raúl Bocanegra sostiene que este es el único efecto de la presunción de legitimidad, pero sólo en los actos anulables. BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Op. Cit., p. 112.

¹⁷¹ LETELIER WARTENBERG, Raúl. Op. cit., p. 246.

sentencias del Tribunal Supremo que señalan que la presunción de legalidad que adorna los actos administrativos no se extiende al expediente administrativo, debiendo la Administración acreditar los presupuestos fácticos que éste invoca¹⁷². Manuel Rebollo Puig agrega que este efecto no se derivaría sólo de la presunción de validez, sino que es la consecuencia de varias reglas procesales que se aplican comúnmente a los procedimientos¹⁷³, por lo que a la Administración le corresponderá asumir la carga procesal que las reglas generales le imponen¹⁷⁴;

- b. la presunción de legalidad como regla de acción, de acuerdo a la cual al administrado le corresponde la carga de impugnar el acto administrativo, evitando que éste devengue en uno firme y consentido¹⁷⁵. Letelier señala que ésta es la postura que ha adoptado la jurisprudencia española¹⁷⁶. Sin embargo, la crítica en cuanto no hay nadie más a quien pueda asignársele la carga de accionar más que al mismo administrado. Lo interesante aquí radica en que sólo accionando el ciudadano podrá eliminar la carga que el acto administrativo le ha impuesto. En este sentido, los mismos efectos son aplicables a los actos de los particulares.
- c. la presunción de validez como justificadora de la carga de aportación. Letelier señala que se ha criticado que la presunción de legalidad se entienda sólo como carga de accionar, y no también como la carga de aportar hechos y fundamentos jurídicos al proceso¹⁷⁷. Rebollo Puig se pronuncia en el mismo sentido¹⁷⁸.
- d. la presunción de legalidad como justificadora de la imperatividad de las normas o como norma dispensadora de un juicio declarativo, que atendido a diversos fundamentos, tales como la celeridad o importancia de los intereses públicos, hacen que no sea posible exigir a la Administración probar la legalidad de todas sus actuaciones.

¹⁷² PARADA, Ramón. Op. Cit., p. 141.

¹⁷³ REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., p. 619.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 621.

¹⁷⁵ Postura tomada por David Blanquer respecto a cuáles serían los efectos de la presunción de legalidad. BLANQUER, David. Op. Cit., p. 242.

¹⁷⁶ LETELIER WARTENBERG, Raúl. Op. Cit., p. 250.

¹⁷⁷ Esta carga es mencionada también por BLANQUER, David. Op. Cit., p. 242.

¹⁷⁸ REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., p. 618.

- e. la presunción de legalidad como justificadora de la acción de oficio de los actos administrativos, porque en el caso de no existir la presunción de legitimidad, la ejecutoriedad de los actos de la Administración sería simplemente arbitraria.
- f. la presunción de validez como criterio de interpretación, debiendo preferirse aquella que conceda validez a la norma, haga aparecer el acto como legítimo o satisfaga de mejor manera los intereses públicos.

Manuel Rebollo Puig señala que entre los efectos de la presunción de validez se encuentra su obligatoriedad para los privados y la Administración Pública, pero que ésta no obliga a los jueces del mismo modo, sin perjuicio de que sea una regla que el juez deba considerar para evaluar la conducta de la Administración y de las personas¹⁷⁹. La presunción de validez por sí misma no puede formar parte del razonamiento del juez o del órgano administrativo al cual se someta el cuestionamiento de la legalidad y la validez del acto¹⁸⁰.

Existe en España una importante posición contraria a la presunción de legalidad, que la considera un privilegio injustificado de la Administración. Doménech critica directamente el fundamento mismo de la presunción de legalidad. Citando a autores como Díez-Picazo o Garrido Falla, no concuerda con que todo acto público se presuma válido. Aparte de no estar demostrado que tanto el legislador como la Administración normalmente actúan dentro de la legalidad, este solo hecho no justifica en sí una presunción de legalidad. Señala que aun cuando la mayoría de los procesados fuesen condenados eso no justificaría el establecimiento de una regla que presuma la culpabilidad de los procesados. Tampoco acepta que se justifique la presunción de legalidad por la confianza que debemos tener en el legislador y la Administración. Finalmente, señala que lo decisivo para que un acto inválido produzca efectos de todos modos es que el acto *aparenta* ser válido¹⁸¹, cuestión sobre la que volveremos más adelante. Finalmente, señala que tampoco es efectivo que las leyes gocen de una presunción de constitucionalidad, porque los jueces no están obligados a aplicarlas: en caso de dudas, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad y esperar hasta su resolución¹⁸².

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 606.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 620.

¹⁸¹ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La invalidez de los reglamentos”. Tirant lo blanc, 2001. P. 228.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 230.

Según Santamaría Pastor, la existencia de la presunción de legalidad, o autotutela declarativa, trae nefastas consecuencias para el ordenamiento jurídico, tales como que la anulabilidad pasa a ser la regla general, en vez de la nulidad absoluta; no toda infracción es efectivamente sancionada, y como consecuencia se crea la categoría de las irregularidades no invalidantes; y finalmente, genera la necesidad de crear un amplio conjunto de técnicas que permitan sanear o excluir parcialmente la invalidez¹⁸³. Dentro de estas técnicas el autor señala las siguientes: la no transmisión de la invalidez a otros actos derivados de aquel declarado nulo; regla de la nulidad parcial, en la que no todo el acto es dejado sin efecto; conversión de actos irregulares; principio de la conservación de los actos, y la convalidación de actos con vicios de nulidad relativa¹⁸⁴. En “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” señala que la presunción de legalidad carece de verdaderos efectos, sino que éstos corresponden realmente a la ejecutividad y acción de oficio¹⁸⁵, las que actúan con prescindencia a toda cuestión en torno a la legalidad del acto.

Letelier señala que comúnmente se ha usado la presunción de validez como fundamento de la imperatividad de los actos administrativos, pero que aun constatada la ilegalidad presente en un acto, estos efectos se mantienen, aun cuando ya no cuenten con el sustento generalmente aceptado. Y los efectos se mantienen por razones como que el afectado no haya impugnado el acto, el plazo haya transcurrido o porque la Administración hizo uso de alguna de las herramientas que le permiten conservar dentro del ordenamiento los actos que presentan una o varias disconformidades con las leyes. Cita a Roffi cuando éste señala que la presunción de legalidad es sólo una “expresión de conveniencia” para conservar actos ilegítimos¹⁸⁶. Del mismo modo, señala Letelier, ninguno de los efectos comúnmente atribuidos a la presunción de legalidad le corresponden verdaderamente¹⁸⁷, sino que ésta correspondería a un mero artificio conceptual.

Con respecto a la verdadera razón de porqué incluso actos inválidos serían eficaces, vimos que Doménech se refería a la apariencia de validez que estos tendrían¹⁸⁸. Cuanto mayor sea el

¹⁸³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo”. Vol. II. Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1999. P. 153.

¹⁸⁴ *Ibíd.*,

¹⁸⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”. Instituto de estudios Administrativos. 1972. P. 409.

¹⁸⁶ LETELIER WARTENBERG, Raúl. Op. Cit., p. 257.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 258.

¹⁸⁸ Posición que también sostenía Luis Morrel Ocaña, como vimos al inicio de la sección.

grado de eficacia real que el acto tuvo, mayor será la necesidad de conservar el acto dentro del ordenamiento. Son muchos los factores que inciden en esta apariencia, como la mayor o menor aplicación del acto por parte de las personas, los jueces o la administración; el paso del tiempo; el cumplimiento de los requisitos externos del acto y el resultado de los procesos en los que se discuta la validez del mismo. Mientras mayores sean estos factores, mayor es la necesidad de proteger la confianza de los ciudadanos y la seguridad jurídica por sobre la legalidad estricta.

Como conclusión, podemos señalar que también en España se ha optado por proteger la seguridad jurídica por sobre la legalidad en todos los casos, estableciendo con claridad cuáles vicios no serán aceptados y cuáles sí.

2. Latinoamérica

En Latinoamérica no existe la diversidad de denominaciones que vimos hay en Europa. Al igual que en Chile, en Argentina y Brasil se reconoce la existencia de la presunción de legalidad. Uruguay, por su parte, presenta la misma estructura pero no habla de alguna institución similar, como es el caso de Alemania o Francia.

2.1 Argentina

Este país también ha consagrado legalmente la presunción de legalidad, por lo que debe suponerse que todo acto ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante) había hecho lo propio con anterioridad. A diferencia de Chile, la presunción de legalidad es un tema que ha sido ampliamente abordado y durante varias décadas, debido en buena parte a la importante influencia italiana que existe en este país. Expresivas son las palabras de Tomás Hutchinson, en su artículo “Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo” cuando dice que éste “es un tema trillado y salvo contadas excepciones, de una explicación doctrinaria uniforme y pacífica”¹⁸⁹. Es por ello que no cuesta trabajo alguno encontrar referencias al tema, pues éste suele encontrarse en el apartado “caracteres del acto administrativo” en el mismo índice de cualquier libro sobre Derecho Administrativo.

¹⁸⁹ HUTCHINSON, Tomás. “Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo”, publicada en “Acto administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho”. Ediciones RAP, 2001. P. 149.

En “Derecho Administrativo”, Manuel María Diez señala que la doctrina distingue dos tipos de presunción de legalidad¹⁹⁰: la presunción simple y la presunción legal, la que a su vez se clasifica en relativa y absoluta. La presunción simple de legalidad corresponde al problema de la legitimidad, y se considera casuísticamente, siendo aplicada por los jueces en su mayoría. La presunción legal relativa es la que conocemos como presunción legal simplemente legal, es decir, la ley la establece, pero admitiendo prueba en contrario. La presunción de legitimidad corresponde a esta categoría, ya que la ley se ha fundado en las exigencias de seguridad y celeridad de la actividad administrativa, evitando que juicios previos por cada acto entorpezcan los intereses públicos. Y la presunción absoluta se enfoca en la irrevocabilidad, análogo a la cosa juzgada administrativa, y se refiere a aquellos casos en que la autoridad administrativa no tiene facultad para revocar sus propios actos o los de un órgano inferior. Fiorini también reconoce esta categoría, señalando que la presunción de legitimidad opera a favor de los administrados, especialmente cuando ha creado derechos subjetivos. En este caso, la misma Administración deberá acudir a tribunales, tal y como debería hacerlo un particular, salvo que haya operado la prescripción, en cuyo caso ni un juez podrá desvirtuar la validez indiscutida que ha sustituido a la presunción de legitimidad. Del mismo modo, este autor diferencia la presunción de legitimidad de acto administrativo con la presunción de legitimidad de los actos particulares¹⁹¹, señalando que en este último caso el afectado puede negarse a cumplir el acto y que en ese caso será necesario acudir a un tribunal que lo obligue, lo que no puede ocurrir en el caso de tratarse de un acto administrativo.

Comadira¹⁹² y Escola¹⁹³ citan a Fiorini, quien explica que el fundamento de la presunción de legitimidad de los actos administrativos deriva de la presunción general de validez que acompaña a todo acto estatal: la ley se presume constitucional, toda sentencia es considerada válida y todo acto de la administración se presume legítimo. Fiorini fija como requisitos para que opere la presunción de legalidad el emanar de un órgano del poder administrativo y fundarse en una norma legal autorizante, sea constitucional, legal o administrativa¹⁹⁴. De

¹⁹⁰ DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo”. Bibliográfica Omeba, Editores-Librerías, 1965. P. 289.

¹⁹¹ FIORINI, Bartolomé A. “Derecho Administrativo” Tomo I. Abeledo Perrot, 1995. P. 349.

¹⁹² COMADIRA, Julio Rodolfo. “Derecho administrativo argentino”. Abeledo-Perrot, 1996. P. 320.

¹⁹³ ESCOLA, Héctor Jorge. “Compendio de Derecho Administrativo” Vol. I, Ediciones Depalma, 1990. P. 509.

¹⁹⁴ FIORINI, Bartolomé A. Op. cit., p. 350.

acuerdo a Dromi, este fundamento correspondería a una regla de interpretación constitucional¹⁹⁵. Este mismo autor justifica la existencia de la presunción con los siguientes fundamentos:

- a) por el solo hecho de ser actos administrativos se presumen legítimos, porque no hay razón para que la Administración no aplique correctamente las normas, de acuerdo a lo señalado por la misma CSJN¹⁹⁶;
- b) por la existencia de las garantías objetivas y subjetivas del procedimiento. Este punto, no obstante su gran aceptación¹⁹⁷, es discutido, de acuerdo a lo que veremos más adelante; y,
- c) por un lado, la existencia de motivaciones de orden formal, que son las mismas garantías objetivas y subjetivas; y, por otro lado, motivaciones de orden sustancial: sólo la ley puede ser fuente de la presunción de legalidad.

Fiorini señala que el principio de presunción de legitimidad asegura su vigencia mediante técnicas específicas, que son el cumplimiento necesario de normas generales para el proceso creador del acto y la existencia de controles previos a la declaración del acto¹⁹⁸.

Escola señala que la existencia de la presunción de legalidad responde a una innegable necesidad práctica, porque en el caso de no existir, toda la actividad de la Administración pública sería inicialmente objetable y se obstaculizaría el cumplimiento de los fines públicos¹⁹⁹. Cassagne señala que en el caso de no existir esta presunción, todo acto podría cuestionarse para defender la desobediencia civil y se llegaría a obstaculizar el cumplimiento de fines

¹⁹⁵ DROMI, José Roberto. "Instituciones de Derecho Administrativo." Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983. P. 205.

¹⁹⁶ Marienhoff se muestra contrario a este fundamento, al señalar que en la práctica la Administración puede no estar actuando conforme a la ley, en MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II. Editorial Abeledo Perrot, 1993. P. 374.

¹⁹⁷ Marienhoff señala que la doctrina se encuentra conteste en señalar que éste es el fundamento de la presunción de legalidad, en MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit., p. 374. Ejemplos de esto son Héctor Escola (ESCOLA, Héctor. Op. Cit., p. 509) y Manuel María Diez (DIEZ, Manuel María "Manual de Derecho Administrativo" Tomo I. Editorial Plus Ultra, 1991. P. 214).

¹⁹⁸ FIORINI, Bartolomé A. Op. Cit., p.352.

¹⁹⁹ ESCOLA, Héctor. Op. Cit., p. 509.

públicos²⁰⁰. Comadira es también cuidadoso al hablar de los límites de la presunción de legitimidad, señalando expresamente que no desea que lo expuesto se considere una incitación a la desobediencia civil²⁰¹, pero citando a Santamaria Pastor que ha dicho que es un principio general que todo acto se presume válido hasta que se declare lo contrario, la desobediencia civil también sería en principio un acto lícito penalmente²⁰².

Los efectos de la presunción de legalidad han sido asimismo esquematizados por la doctrina. Marienhoff señala que habrían cuatro consecuencias derivadas de la presunción de legalidad: no es necesario que la legitimidad sea declarada por la autoridad judicial; los jueces no pueden declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos; quien pretenda que se declare la ilegalidad del acto administrativo, debe probarla; y la autoridad judicial puede declarar a nulidad del acto sólo si es requerido para ello²⁰³. Así Comadira indica que los efectos de este privilegio serían que no es necesario declarar la legitimidad de los actos administrativos; y que la carga de la prueba se invierte en aquellos actos que no presenten vicios graves y manifiestos²⁰⁴. Vemos acá la misma postura tomada por Wade respecto a este tema en Inglaterra: la carga de la prueba podría volver a la Administración si el acto contiene un vicio manifiesto que lo justifique, que corresponde también a lo señalado por el Tribunal Supremo en España. En “El acto administrativo en la LNPA”, Comadira agrega como efectos que los actos no pueden ser declarados nulos de oficio por los jueces, haciendo la salvedad de que hay quienes consideran este efecto uno propio de la separación de poderes, no de la presunción de legitimidad²⁰⁵; el particular debe obedecer el acto administrativo; y, que entre dos interpretaciones posibles debe elegirse aquella que favorezca la validez del acto²⁰⁶. Por su parte, Dromi señala como efectos la necesidad de invocar la ilegitimidad de los actos; la necesidad de probar la ilegitimidad; y, como consecuencia, que la ejecutoriedad del acto no esté sujeta a suspensión. Dromi no aprueba esta última consecuencia, a menos que los efectos del acto sean anulables. Diez se limita a señalar dos: la prohibición de los jueces de dictar la

²⁰⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Lexis Nexis, Abeledo Perrot. 2006. P. 21

²⁰¹ COMADIRA, Julio Rodolfo. “El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo”. Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2003. P. 141.

²⁰² *Ibíd.*,

²⁰³ Escola cita a Marienhoff en este sentido, en ESCOLA, Héctor Jorge. Op. Cit., p. 510.

²⁰⁴ COMADIRA Julio Rodolfo. “Derecho Administrativo Argentino”. P. 321.

²⁰⁵ En este sentido encontramos a DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo, p. 214.

²⁰⁶ COMADIRA, Julio Rodolfo “El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo”. P. 139.

nulidad de oficio, por el principio de separación de poderes; y la necesidad de alegar y probar la ilegitimidad²⁰⁷.

Escola indica que la presunción de legalidad no es absoluta y puede suspenderse en su existencia y efectos por decisión de la misma autoridad administrativa y excepcionalmente por los tribunales, especialmente si la aplicación de la presunción de legitimidad acarrea consigo un perjuicio irreparable para el administrado²⁰⁸.

En relación a la ejecutoriedad, ésta está claramente diferenciada de la presunción de legalidad. Con respecto a que suele usarse la presunción de legalidad como fundamento de la ejecutoriedad, como veremos lo hacía la doctrina chilena en un primer momento y continúa haciéndolo parte de la doctrina española, Dromi rechaza esta relación porque estima que tanto la presunción de legalidad como la ejecutoriedad son cosas independientes y paralelas entre sí, sin derivar ninguna de la otra²⁰⁹. Marienhoff señala que la presunción de legitimidad es uno de los caracteres del acto administrativo, junto a la ejecutoriedad, pero señalando que éstas se complementan y que de la conjunción de ambas surge la posibilidad de que el acto sea puesto inmediatamente en práctica²¹⁰. Por su parte, Cassagne considera que tanto la presunción de legalidad como la ejecutoriedad son dos de las principales prerrogativas de la Administración, distinguiéndolas entre sí. Es la presunción de legalidad finamente la base de la obligación del administrado de cumplir el acto²¹¹. No obstante, en “El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo” este mismo autor las relaciona y deriva la ejecutoriedad de la presunción de legalidad, señalando que el contrato administrativo que no posee presunción de legalidad carece de ejecutoriedad, debiendo suspenderse la ejecución de acto²¹². La misma idea presenta Bielsa, quien al hablar de la ejecutoriedad agregó en las ediciones posteriores de “Derecho Administrativo” que el acto emanado del Poder Ejecutivo tiene, como la ley misma, presunción de validez constitucional, siguiendo lo señalado por la CSJN²¹³.

²⁰⁷ DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo. P. 214.

²⁰⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. Op. Cit., p. 510.

²⁰⁹ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 231.

²¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit., p. 372.

²¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. Cit., P. 20.

²¹² CASSAGNE, Juan Carlos. “El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo”, p. 330.

²¹³ BIELSA, Rafael. “Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina”. Librería y Editorial El Ateneo, 1947. P. 243

En Argentina no sostienen la teoría de la inexistencia, pero sí distinguen entre nulidad absoluta y relativa, con causales taxativas establecidas en la misma LNPA. Del mismo modo, distinguen entre actos regulares e irregulares. Comadira señala que con anterioridad se entendía que acto irregular es aquel que adolece de vicios propios de la nulidad absoluta, por lo que a contrario sensu, acto regular es aquel que no presenta dichos vicios, aunque cuente con nulidades relativas o irregularidades intrascendentes²¹⁴. La ley también realiza esta distinción, pero no define cada categoría. Como vemos, las distinciones nulo absoluto –nulo relativo y regular-irregular están estrechamente relacionadas, pero al final del día ésta última será la más útil. Comadira cita a la CSJN en cuanto ha señalado que sólo el acto regular produce la presunción de legitimidad, porque ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable²¹⁵. Esta distinción es también importante para efectos de la ‘anulación’ y ‘revocación’, que implican el retiro del acto por razones de legalidad y por razones de mérito, oportunidad y/o conveniencia, respectivamente. La anulación de oficio es un deber de la Administración, pero se han establecido límites para su ejercicio, entre los que se cuentan que el acto esté firme o que haya generado derechos subjetivos que se están cumpliendo. Comadira critica la existencia de estos límites, pues impiden que la Administración ejerza su *deber* de velar por la conformidad de los actos con el ordenamiento jurídico²¹⁶. Con relación a los actos regulares, la Administración carece de facultades para dejarlo sin efecto. No hay supuestos en que se le permita, por lo que necesariamente debe acudir a la declaración judicial de nulidad.

En comparación con lo que veremos ocurre en Chile, los autores valoran el aporte realizado por la jurisprudencia en materia administrativa, dedicando Comadira incluso un apartado para comentarlo²¹⁷. Diez también dedica uno a la jurisprudencia emanada de la CSJN²¹⁸.

Existe también en Argentina una postura muy crítica a la presunción de legalidad, representada por Agustín Gordillo. Si Eduardo Soto Kloss se limita a denominar a este privilegio un resabio monárquico, Gordillo señala que "el acto administrativo puede ser producto de la sola voluntad de un solo individuo embriagado por el poder y la omnipotencia de creerse semidios, enviado providencial. Reconocerle a su capricho igual peso que a la ley

²¹⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo. “Derecho Administrativo Argentino”, p. 384.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 386.

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 384.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 393.

²¹⁸ DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo”. P. 298.

(...), esto es el suicidio de la democracia”²¹⁹. La desconfianza en la actividad de la Administración es clara, y ninguno de los autores de los demás países estudiados presenta una postura tan radical y crítica de la misma. Si bien Mónica Madariaga señaló que en algunos casos podía dudarse de la aptitud de la actividad administrativa, y aunque señaló que eran más veces de las que se creía en las que se incurría en errores garrafales, no llegó nunca a este nivel de desconfianza en el actuar general de la Administración²²⁰.

Con la misma vehemencia Gordillo critica los fundamentos tradicionalmente otorgados para justificar la existencia de la presunción de legalidad. Considera muy limitado el hecho de que los actos estatales se presuman legítimos por el solo hecho de serlo y niega que las garantías objetivas y subjetivas puedan sustentarla, porque éstas son excepcionalmente respetadas. Concuere con Nava Negrete cuando dice que esto permite a la Administración hacerse justicia por su propia mano, lo que está expresamente prohibido en la Constitución. Tampoco considera apropiado comparar la presunción con lo que ocurre con las leyes, porque estas tienen garantías reales y no teóricas, como sería el debate parlamentario, al menos en épocas normales²²¹.

También critica los efectos que la presunción de legalidad produce, los que de acuerdo con él son la igualación provisional de actos legítimos e ilegítimos; la necesidad de invocar la ilegitimidad; la necesidad de probar la ilegitimidad, pero sólo en supuestos en que el vicio conste en situaciones de hecho, no si es de discordancia con el ordenamiento jurídico; y, la exigibilidad del acto administrativo ilegítimo²²². En el fondo, lo que este privilegio ocasiona es la tolerancia de actos anulables, porque estos pueden ser saneados. Si el vicio fuera manifiesto, sería irracional e inconstitucional presumirlo válido²²³.

Siendo mucho menos efusivo, pero criticando igualmente la presunción de legalidad, tenemos a Tomás Hutchinson, quien señala que las consecuencias normalmente atribuidas a la presunción de legalidad corresponden en realidad a la imperatividad, misma conclusión a la que había llegado Letelier en España. Al igual que los actos administrativos, los actos de particulares también se presumen legítimos y, sin embargo, la diferencia con éstos es que se

²¹⁹ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III, capítulo V, p. 11.

²²⁰ Ver próximo Capítulo.

²²¹ GORDILLO, Agustín. Op. Cit., pp. 10 y 11.

²²² *Ibíd.*, p. 20.

²²³ *Ibíd.*, p. 12.

requiere acudir a un tribunal para solicitar que sean ejecutados. Esta sería la verdadera diferencia entre actos de privados y actos administrativos, la que no deriva en consecuencia de la presunción de legitimidad. La autotutela declarativa, es decir, el poder imponer a otros cargas u obligaciones unilateralmente, y la autotutela ejecutiva hacen innecesario acudir a la presunción de legitimidad²²⁴. También distingue entre ilegitimidad e invalidez, siendo la primera la discordancia de un acto con el ordenamiento jurídico y la segunda la declaración de la ilegitimidad. Por ello, toda invalidez es una ilegitimidad a su vez, pero esto no ocurre al revés²²⁵. Con estas distinciones, vemos que la presunción de legitimidad en verdad es inútil. En la conversión no se subsana la ilegitimidad, sino que se evitan las consecuencias de la invalidez²²⁶. Del mismo modo, distingue entre validez y eficacia, correspondiendo la primera al mundo de los hechos y la segunda, al del derecho. Es por la eficacia que un acto es obligatorio aun cuando sea ilegítimo y en derecho no sería posible exigirlo. Esta es otra explicación de la inutilidad de la presunción de legalidad.

La presunción de legalidad tampoco implicaría una inversión en la carga de la prueba. Lo que sí hace es poner en el administrado la carga de accionar, pero las reglas de carga de la prueba se mantienen iguales: basta que el administrado pruebe la incorrección cometida en el procedimiento, en los antecedentes o en el fundamento, para que sea la Administración quien deba probar su existencia y mérito.

2.2 Brasil

La presunción de legalidad es considerada un atributo del acto administrativo, junto a la imperatividad, exigibilidad y ejecutoriedad del mismo. La presunción de legalidad, al igual que en Chile, significa que se presume que los actos son verdaderos y conformes al derecho salvo norma en contrario, hasta que se cuestione su legalidad en juicio.

Bandeira de Mello distingue entre los actos perfectos, los actos válidos y los actos eficaces²²⁷. Los primeros son aquellos que han concluido todas las etapas de su tramitación;

²²⁴ HUTCHINSON, Tomás. Op. cit., p. 155.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 157.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 159.

²²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa. Universidad Nacional de México, 2006. P. 330.

los actos válidos son aquellos expedidos conforme a todas las exigencias del ordenamiento jurídico, y los actos eficaces son aquellos disponibles para la producción de sus propios efectos.

Aunque este mismo autor enumera los presupuestos de existencia distinguiéndolos de los presupuestos de validez, y consecuentemente hace la distinción entre los actos inexistentes, nulos absolutos y de nulidad relativa, reconoce que esta posición no es la única existente en la doctrina brasileña. Mientras él señala que no hay grados de invalidez, sino que lo que varía es la reacción del derecho frente a los vicios, otros autores señalan que todo acto inválido es nulo, otros distinguen entre nulo y anulable y otros añaden a esta categoría los actos inexistentes. Por ello, divide a la doctrina principalmente en tres posturas con respecto a la invalidación:

- a) el vicio siempre acarrea la nulidad del acto;
- b) se distingue entre nulos y anulables, con las diferencias señaladas para otros países; y,
- c) Seabra Fagundes distingue entre nulos, anulables e irregulares. Pero en este caso, los dos primeros no corresponden a las categorías señaladas en el Código Civil, como en la postura b), y los actos irregulares corresponden a aquellos con defectos leves. Según este autor, no correspondería adaptar las clasificaciones civiles al derecho administrativo porque en esta sede no basta con restaurar el equilibrio creado, sino que hay en juego un sinnúmero de intereses en juego que deben ser ponderados de manera distinta a lo realizado en actos particulares.

La doctrina brasileña, por otro lado, sí denomina de distinta forma el hecho de dejar sin efecto los actos previamente emitidos, de acuerdo a la causa por la cual esto se produce. Así, se llama invalidación cuando el acto es retirado por su inconformidad con el ordenamiento jurídico; y revocación cuando es por motivos de conveniencia u oportunidad. La revocación, como es natural, está mucho más limitada que la invalidación. No se permite que la Administración revoque un acto si la ley lo impide, si son actos complejos o generaron derechos adquiridos. Por regla general, la revocación no trae consigo indemnización porque en principio no debería afectar derecho de terceros. Sin embargo, en el caso de que llegara a hacerlo sí sería procedente la indemnización, porque en Brasil se acepta la hipótesis de responsabilidad del Estado por actos lícitos. Vemos que esta solución es bastante menos rígida que la española, y mucho más cercana a la que García de Enterría planteaba.

En Brasil es obligatorio para la Administración invalidar los actos defectuosos. Pero a diferencia de Chile, tampoco es facultativo si convalida o no el acto. Tampoco se elige libremente entre las alternativas de convalidar o invalidar, a menos que sea un vicio de competencia en un acto discrecional. Existiendo la posibilidad de convalidar el acto, la Administración debe optar por esa solución, por los principios de seguridad jurídica y el de buena fe existente²²⁸. Finalmente, en aquellos casos en que deba invalidarse, se contempla el derecho de las personas que se vean afectadas por ésta a recibir una indemnización compensatoria. Al invalidar, se reconoce que con la dictación del acto se violó el ordenamiento jurídico, por lo que sería injusto que la Administración pusiera a cargo de las personas las consecuencias patrimoniales de su error. Se exige, como es de esperar, que la persona no haya contribuido a la generación del error en el acto primitivo y que hubiese actuado de buena fe. Este derecho de las personas se fundamentaría también en la presunción de legalidad, porque cabe esperar que los actos tengan un mínimo de seriedad, que significa no ser causas potenciales de fraude al patrimonio de quien confió en dichos actos²²⁹.

2.3 Colombia

En primer lugar, corresponde hacer una nota aclaratoria antes de comenzar a estudiar la doctrina administrativa de este país. Como señalamos en el estudio de la legislación colombiana, ha ocurrido recientemente una importante reforma en las materias que nos conciernen, sin que haya transcurrido suficiente tiempo para que los autores de este país hayan podido actualizar sus obras. Por ello, nos referiremos sólo a aquellos puntos que no han sufrido cambios sustanciales en el Derecho colombiano.

Jaime Vidal Perdomo considera a la presunción de legalidad un efecto del acto administrativo²³⁰, aunque reconoce que hay quienes la consideran una característica²³¹. La ejecutividad de los actos administrativos sería el segundo efecto, pero señala que hay quienes agregan a estabilidad y la impugnabilidad. Mientras la presunción de legalidad significa que los actos tienen imperio mientras no se les declare contrarios a derecho y convierten en

²²⁸ *Ibíd.*, p. 413.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 418.

²³⁰ VIDAL PERDOMO, Jaime. "Derecho Administrativo". Editorial Temis S.A., 1987. P.275.

²³¹ Como Jairo Ramos Acevedo, en RAMOS ACEVEDO, Jairo. "Cátedra de Derecho Administrativo. General y Colombiano". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003." P. 487.

demandante a quien quiera impugnar la validez del acto, la ejecutividad es el atributo de su obligatorio cumplimiento y puede modificar unilateralmente la relación jurídica a la que se refiere el acto y ser ejecutado inmediatamente. Es tanto por la presunción de legalidad y la ejecutividad que los actos administrativos deben cumplirse y sus efectos sólo se enervan por la interposición de los recursos administrativos o por la suspensión provisional del juez administrativo²³².

Para Jaime Orlando Santofimo, la presunción de legalidad sería la extensión del principio de legalidad al mundo de la eficacia del acto²³³. Mientras la validez es el estudio del contenido o exigencias del derecho en la estructuración de la decisión administrativa y su comparación con la realidad normativa, la eficacia es una consecuencia del acto válido que lo hace apto y capaz de producir efectos para los cuales se le dio vida jurídica²³⁴. En “Tratado de Derecho administrativo” agrega que con los vicios que pueden afectar la legalidad de un acto, se puede afectar directamente el logro de los fines del acto, es decir, su eficacia²³⁵.

Jairo Ramos Acevedo extiende la presunción de legalidad a todos los actos emanados del Estado, incluyendo leyes y las sentencias judiciales²³⁶. También distingue entre perfección y eficacia de los actos administrativos, siendo un acto perfecto aquel que cuenta con todos los elementos esenciales que lo constituyen y ha cumplido su ciclo de formación; y eficaz, es el acto perfecto que es capaz de producir efectos jurídicos. La complejidad de las funciones de la Administración la obligan a actuar sin dilaciones, razón por la cual los actos no deben quedar en la pura especulación²³⁷. La ejecutividad es una manifestación especial de la eficacia en cuanto impone deberes o sanciones a los administrados que pueden ser realizados aun en contra de su voluntad²³⁸. No cree que el fundamento de la ejecutividad resida en la presunción de legalidad como sostienen algunos autores, sino que ambas son consecuencias paralelas y distintas del carácter público de la potestad administrativa²³⁹.

²³² VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. Cit., p. 177.

²³³ SANTOFIMO, Jaime Orlando. “Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia, validez”. Universidad Externado de Colombia, 1994. P. 111. Puede encontrarse la misma expresión en “Tratado de Derecho Administrativo”. Universidad Externado de Colombia, 2003. P. 54.

²³⁴ SANTOFIMO, Jaime Orlando. “Acto Administrativo. Procedimiento eficacia, validez”. P. 235.

²³⁵ SANTOFIMO, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo”. P. 320.

²³⁶ RAMOS ACEVEDO, Jairo. “Cátedra de Derecho Administrativo. General y Colombiano”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. P. 488.

²³⁷ *Ibíd.*, p. 494.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 497.

²³⁹ *Ibíd.*, p. 503.

Carlos Sánchez Torres considera a la presunción de legalidad un atributo del acto administrativo, junto a la validez y eficacia, la ejecutoriedad, la ejecutividad y la obligatoriedad²⁴⁰. La presunción de legalidad se basa en el deber de los órganos del Estado actúen de acuerdo a la Constitución y las leyes. El contrapeso de la presunción de legalidad sería el control que sobre el acto administrativo puede ejercer la jurisdicción, la que puede apoyar o desvirtuar la presunción²⁴¹. También señala que un acto administrativo válido es aquel conforme al derecho vigente, que a su vez en principio produce efectos jurídicos. La eficacia consiste en la producción de efectos del acto administrativo o en la aplicación del acto a sus destinatarios para que surta efectos respecto a ellos²⁴². El principio de ejecutividad es consecuencia de la presunción de legalidad, y ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto²⁴³. En consecuencia, la eficacia deriva de la presunción de legalidad para este autor. Como podemos apreciar, aunque todos los autores distinguen a la validez de la eficacia del acto administrativo, no es tan clara la relación existente entre ellas. Vidal y Ramos Acevedo las consideran paralelas entre sí, mientras que Sánchez Torres termina derivando una de la otra. Debemos hacer notar que todas las definiciones de eficacia partían del supuesto de un acto administrativo válido o perfecto, relacionándolas necesariamente.

Al momento de escribir su obra, la presunción de legalidad no se encontraba consagrada legalmente, pero Jaime Vidal la deriva de la organización de los recursos y de las acciones contra los actos²⁴⁴. Del mismo modo, considera lógico que por ser la función administrativa eminentemente realizadora y operativa sus actos gocen de efecto inmediato y que sólo puedan enervarse mediante la interposición de recursos legales. No obstante, reconoce el derecho del juez de no aplicar un acto administrativo por considerarlo contrario a una norma superior²⁴⁵. Santofimo deriva la presunción de legalidad del hecho supuesto de que la Administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto²⁴⁶, de lo que también se presume la ejecutoriedad del mismo.

²⁴⁰ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. "Acto administrativo. Teoría General." Editorial Legis, 2004. P. 95.

²⁴¹ Ibid., p. 96.

²⁴² Ibid., p. 99.

²⁴³ Ibid., p. 100.

²⁴⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. Cit., p. 288.

²⁴⁵ Ibid., p. 289.

²⁴⁶ SANTOFIMO, Jaime Orlando. "Acto Administrativo. Procedimiento eficacia, validez". P. 112.

Sánchez Torres considera que la presunción de legalidad persigue afianzar la posibilidad de que el acto surta efectos y que se presuma válido una vez se ha perfeccionado, para que pueda cumplirse la finalidad del procedimiento. De esto se derivarían varias consecuencias, como que una vez que se encuentre firme la decisión, se cree una situación jurídica nueva; que la presunción de legalidad deba desvirtuarse judicialmente y la carga la tiene quien afirma; y que los recursos judiciales no son suspensivos²⁴⁷. Hasta que el juez declare la nulidad, el acto produce efectos. En este sentido, los actos tienen la fuerza de la cosa decidida. Otras consecuencias son que la legalidad del acto administrativo no debe ser declarada por ninguna autoridad y que la legalidad se presume, siendo quien pretenda la nulidad quien deberá demandarlo ante las autoridades correspondientes²⁴⁸.

Sobre la posibilidad de que la Administración deje sin efecto sus propios actos, Vidal cree que dicha facultad variará de acuerdo al acto del que se hable. Si es un reglamento general, no debiera haber problema; pero si son actos singulares que confirieron derechos a los particulares, no debería poder retirarse el acto²⁴⁹. Siguiendo a Gordillo, distingue entre anulación y revocación, siendo la primera el retiro por razones de legalidad y la segunda por razones de mérito o conveniencia²⁵⁰. También Ramos Acevedo realiza esta distinción²⁵¹. Vidal reconoce que hay situaciones en que la seguridad jurídica exige la mantención del acto, a pesar de su ilegalidad. Ramos Acevedo se pronuncia en contra de la anulabilidad de los actos administrativos, precisamente en razón de su presunción de legalidad. Nadie puede ser juez de sus propios actos. Tampoco acepta el argumento de que se puede revocar un acto mientras no se afecte intereses de terceros, porque los actos siempre se dictan para satisfacer un interés público²⁵², el que se vería violentado mediante la revocación. Sobre la revocabilidad de los actos, en virtud de la obligación de la Administración de adecuar su actuar a las necesidades variantes de cada época, acepta la posibilidad de que algunos actos sean retirados, siempre y cuando se respeten como límite los derechos adquiridos²⁵³. Sánchez Torres cita una sentencia del Tribunal Constitucional colombiano que señala que la revocación se traduce en la potestad de la Administración de revisar y volver a decidir sobre los asuntos sobre los que ya tomó una

²⁴⁷ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Op. Cit., p. 97.

²⁴⁸ Ibid., p. 98.

²⁴⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. Cit., p. 283.

²⁵⁰ Ibid., p. 284.

²⁵¹ RAMOS ACEVEDO, Jairo. Op. Cit., p. 506.

²⁵² Ibid., p. 511.

²⁵³ Ibid., p. 514.

decisión, invocando razones de legalidad o conveniencia o mérito²⁵⁴. Esta potestad se fundamentaría en la mutación de las exigencias del interés público que pueden ser satisfechas por la Administración²⁵⁵. La jurisprudencia colombiana no había adoptado distintas denominaciones para la facultad de revocar sus actos de acuerdo a las distintas causales, imprecisión que vimos ha sido mantenida en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

Vidal también hace mención a la teoría de la inexistencia creada en Francia, pero no la considera aplicable al derecho colombiano²⁵⁶ aunque la jurisprudencia y la doctrina hayan estado dándole cabida. Santofimo estudia en extenso el tema y concluye que la noción de inexistencia no es absoluta en el medio colombiano, porque el Consejo de Estado lo ha asimilado al concepto de nulidad²⁵⁷. Con posterioridad, en “Tratado de Derecho Administrativo”, Santofimo rechaza la teoría de la inexistencia para el Derecho colombiano, siguiendo al Consejo de Estado, que en resoluciones posteriores también ha corregido sus declaraciones anteriores²⁵⁸. Jairo Ramos Acevedo sí reconoce la inexistencia como sanción de ineficacia más grave que la nulidad absoluta²⁵⁹. También la reconoce Sánchez Torres, quien señala que estaremos frente a un acto inexistente si hay una violación de legalidad flagrante, manifiesta, grosera y grave²⁶⁰.

2.4 Uruguay

Enrique Sayagués nos señala que en Uruguay también se realiza la distinción entre perfección y eficacia de los actos, siendo los elementos esenciales del acto administrativo el órgano competente; voluntad administrativa; contenido; motivos; finalidad; forma y procedimiento²⁶¹. Sólo cumpliendo con todos estos aspectos se considerará que el acto es perfecto. Existe una importante serie de controles y recursos que podrán intentarse para asegurarse de que el acto de cumplimiento al principio de legalidad, lo que veremos más adelante. Por su parte, al hablar de eficacia señala que todo acto administrativo constituye un

²⁵⁴ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Op. Cit., p. 144.

²⁵⁵ Ibid., p. 159.

²⁵⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. Cit., p. 293.

²⁵⁷ SANTOFIMO, Jaime Orlando. “Acto Administrativo. Procedimiento eficacia, validez”. P. 264.

²⁵⁸ SANTOFIMO, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo”. P. 349.

²⁵⁹ RAMOS ACEVEDO, Jairo. Op. Cit., p. 485.

²⁶⁰ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Op. Cit., p. 310.

²⁶¹ SAYAGUES LASO, Enrique. Op. Cit., p. 432

instrumento público y como tal se presume válido y hace plena fe hasta que se pruebe lo contrario²⁶². En consecuencia, a pesar de no decir expresamente que existe una presunción de legalidad de los actos, vemos que efectivamente ésta existe en los hechos y que es aceptada por este autor, quien incluso señala que su cumplimiento debe ser llevado a cabo porque con su ejecución tienden a cumplirse necesidades públicas y no obstan a la responsabilidad de quien corresponda en caso de resultar ilegítimo. En esta apreciación de la superioridad de los intereses perseguidos por la Administración, Sayagués cita a autores italianos como Zanobini y Ranalletti, quienes pertenecen a un país con grandes exponentes de esta postura.

En consonancia con la posición anterior, Sayagués señala expresamente que existe la denominada presunción de constitucionalidad de las leyes. Sostener lo contrario llevaría a resultados inaceptables²⁶³, dando a cada funcionario la posibilidad de interpretar la ley a su arbitrio.

En Uruguay también se discuten las categorías de invalidez que se consideran, pero Sayagués señala que tanto la jurisprudencia como la doctrina predominantes consideran la posibilidad de sancionar actos como inexistentes, castigo que sería reservado a aquellos actos con grotescos vicios de legalidad, como provenir de un órgano incompetente²⁶⁴. Con respecto a las demás categorías de invalidez, señala que a diferencia de materia civil, en derecho Administrativo hay más posibilidades que considerar sólo a la nulidad absoluta y relativa y además existen otros intereses que ponderar, como la seguridad jurídica. En esta materia no hay muchas diferencias con lo señalado por otros autores de diferentes países: mientras más grave sea el vicio invocado, menos se podrá convalidar o convertir el acto viciado. Del mismo modo, se fija un límite temporal para poder pedir la nulidad del acto, en virtud de la estabilidad que éstos presentan²⁶⁵.

Respecto a los recursos que pueden intentarse, se consideran tanto los administrativos como los judiciales. Se ha establecido a nivel constitucional la obligación de agotar la vía administrativa para interponer la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado en 1934 para conocer y fallar todos los reclamos que puedan entablar

²⁶² Ibid., p. 490.

²⁶³ Ibid, p. 442.

²⁶⁴ Ibid., p. 505.

²⁶⁵ Ibid., p. 515.

las personas en contra de un acto administrativo, incluyendo su declaración de ilegalidad. Sus fallos son obligatorios, y se contemplan dentro de las normas que todo acto administrativo debe respetar para ser considerado legítimo. La Administración puede tanto anular como revocar sus actos, de acuerdo a las razones por las que se dejen sin efecto. Corresponderá anularlo si es por razones de legalidad; y será revocación, cuando es por razones de conveniencia, que deben ser posteriores a la emisión del acto. Del mismo modo, importa mucho distinguir entre ambas para efectos de conocer cuál es el órgano competente para dicha tarea: en el caso de revocación, podrá hacerlo el mismo órgano que dictó el acto; si es anulación, sólo podrá hacerlo el órgano superior jerárquico o algún órgano jurisdiccional²⁶⁶. No obstante, Sayagués enfatiza que las denominaciones dan origen a mucha discusión y que el derecho positivo los usa indiscriminadamente.

Por su parte, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo solo puede confirmar o anular los actos, sin poder reformarlos. La terminología empleada por este tribunal también es equívoca, pero lo cierto es que no tiene competencia para dejar sin efecto actos por razones de mérito o conveniencia, debiendo limitarse a hacerlo por razones de legalidad.

3. Conclusiones generales

Del análisis de toda la doctrina examinada, podemos concluir que, normativamente, la presunción de legalidad es una institución ampliamente difundida en el mundo. Aun en aquellos países que no contemplan como atributo, característica o efecto del acto administrativo el que cuente con una presunción de legitimidad, no obsta a que en la práctica se genere la misma situación. Es más, como pudimos ver, Alemania no contempla norma expresa en este sentido, ni tampoco hablan de ella sus autores, pero la Administración goza del mismo privilegio que tendría en países que sí la contemplan, como España o Chile. Es más, los alemanes contemplan menos opciones para poder reclamar de un acto considerado ilegal que en países que sí cuentan con la presunción, estableciendo reglas bastante rígidas en cuanto al plazo y las respuestas dadas por la misma autoridad.

También pudimos apreciar que en todos los países estudiados era preferido mantener la seguridad jurídica que dar cumplimiento cabal al principio de legalidad. Entre ambos extremos,

²⁶⁶ *Ibíd.*, p. 518.

en cada país se ha buscado dar con el conjunto de normas que permitan asegurar un mínimo de legalidad de todo acto, pero teniendo en consideración que no toda ilegalidad lleva consigo grandes consecuencias que puedan ser nefastas para los ciudadanos, debiendo optar en muchas ocasiones por la seguridad jurídica, porque en caso de no proteger este principio adecuadamente sí se causará mayores daños en el tráfico jurídico que el causado con la tolerancia de ciertas irregularidades. Hay países en que esta preferencia ha sido abiertamente expresada.

En todos los países estudiados se permite a la Administración dejar sin efecto sus propios actos. Del mismo modo, en la gran mayoría se establece un plazo en el cual la Administración puede ejercer esta potestad, o un plazo en el cual los ciudadanos pueden reclamar de los vicios, siendo este plazo fatal y bastante menor a aquel contemplado en Chile para acudir a los tribunales. También resulta necesario agotar la vía administrativa para poder recurrir ante los tribunales, situación que tampoco se da en nuestro país. Otro aspecto digno de considerar, es que hay varios países que por ley han señalado las causas o vicios que harán necesario invalidar el acto, siendo mucho menos flexible que la postura chilena, en la que se consideran casuísticamente los intereses en juego. Este punto será abordado en mayor profundidad en los próximos capítulos.

Finalmente, podemos señalar que al igual que en Chile se prefiere un control a posteriori de los actos administrativos. En Italia, Francia y Alemania no se contempla la suspensión de los efectos del acto por la interposición de los recursos, situación que se repite en Argentina y Uruguay. Una diferencia que sí es posible apreciar en estos países, es que los tribunales son efectivamente un muy buen medio de control de la legalidad de los actos administrativos, aun cuando este sea posterior. Como vimos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha jugado un importante rol en ese país, lo que no ocurre en el nuestro. Del mismo modo, el establecimiento de tribunales administrativos también realiza una importante diferencia, porque permite un conocimiento más acabado y detallado de la materia, dando soluciones más generales que casuísticas.

CAPÍTULO IV:
**“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA NACIONAL”**

En el capítulo anterior, revisamos lo que la doctrina de otros países ha señalado respecto de la presunción de legalidad. Nuestro estudio no sería completo si no revisamos lo que ha dicho nuestra doctrina sobre el tema.

En el Capítulo I, reseñamos algunos de los cambios que ha sufrido la presunción de legalidad en Chile a lo largo de las décadas. La doctrina nacional no ha quedado incólume frente a estos cambios, variando sus apreciaciones de conformidad a ellos, pasando de apenas mencionarla a elaborar una fuerte crítica a la institución, posición que en Chile es liderada por Eduardo Soto Kloss, quien la califica de “resabio monárquico”. Cada una de estas posturas será reseñada de acuerdo a tres etapas, considerando el marco legal vigente de cada época: la Constitución de 1925, la Constitución de 1980 antes de la Ley N° 19.880 y con posterioridad a la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración.

1. Durante la Constitución Política de la República de 1925

Para poder entender correctamente el alcance y extensión de la presunción de legalidad del acto administrativo en esta primera etapa, es fundamental realizar una breve contextualización de las disposiciones que contenía la Carta Fundamental vigente en esta época.

En primer lugar, en el artículo 72 se señalaba como facultad del Presidente, entre otras, dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que creía convenientes para la ejecución de las leyes. Este artículo era la base de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo que, al igual que las facultades propias de los demás poderes del Estado, no podrá verse interferida o anulada por la actuación de ningún otro poder. Asimismo, el artículo 87 señalaba que habrán tribunales administrativos para resolver las reclamaciones que puedan realizarse en contra de actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales. Del mismo modo, se señalaba que una ley

será la encargada de señalar la organización y atribuciones de estos tribunales. Como ya sabemos, esta ley nunca fue dictada. Este artículo es muy importante, porque específicamente radica la competencia de conocer las reclamaciones por una eventual ilegalidad de actos administrativos en tribunales que nunca fueron creados. Sin embargo, debido a su rango constitucional, impide categóricamente a los tribunales ordinarios arrogarse cierta competencia en la materia.

Por otro lado, mediante el Decreto con Fuerza de Ley 400-Bis, de 26 de marzo de 1927 se creó la Contraloría General de la República. Mediante la reforma constitucional aprobada en 1943 se le otorgó rango constitucional a esta entidad fiscalizadora. Entre sus funciones, la Ley Orgánica de la Contraloría, Ley N° 10.336 de 1953, señala en su artículo 10 que “El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer (...)”.

Este artículo, más el que ya hemos reseñado sobre los tribunales administrativos, son los que traen como consecuencia la gran amplitud y poder de que la presunción de legalidad goza, ya que impide a otros órganos inmiscuirse en la labor que constitucionalmente se le encomienda a la Contraloría, y encomienda eventuales reclamos a tribunales no existentes, pero que a la vez impide que los tribunales ordinarios conozcan de estos problemas. Así, una vez tomados razón por la Contraloría, los actos administrativos pasaban a gozar de una presunción de legalidad que nadie en la práctica puede desvirtuar, convirtiéndose prácticamente en una presunción de derecho.

En esta etapa, son escasos los autores que mencionan la existencia de una presunción de legalidad del acto administrativo. Son menos aún aquellos que dedican algún tipo de explicación o contextualización siquiera del tema. Dentro de esta exigua categoría, las menciones pueden ser clasificadas en dos grandes ejes temáticos: a propósito de la ejecutoriedad del acto administrativo (1.1); y a propósito de la tramitación del decreto, específicamente en la etapa de la toma de razón (1.2). De los seis autores de esta etapa que serán reseñados, tanto Enrique Silva Cimma como Mónica Madariaga se refieren al tema en ambas categorías, por lo que sus comentarios en ambas deben ser complementados entre sí. Esto se realizará en el apartado de recapitulación dentro de la etapa (1.4).

Como punto aparte, explicaremos las opiniones del profesor Patricio Aylwin y de Hugo Olgún, las que no pueden ser considerada dentro de las dos categorías que hemos determinado y que, como veremos, resulta bastante adelantado a su época (1.3).

1.1 A propósito de la ejecutoriedad del acto administrativo.

Dentro de esta categoría encontraremos a cuatro autores, Juan Antonio Iribarren, Manuel Jara, Enrique Silva Cimma y Mónica Madariaga, los que serán tratados en orden histórico, con el objetivo de ver posibles evoluciones en la discusión con el paso del tiempo.

La influencia de la doctrina italiana es fácilmente reconocible en este apartado. Ya sea directamente, a través de citas de importantes autores sobre la materia, tales como Treves o De Vallés, o de manera indirecta, compartiendo y/o contradiciendo los argumentos que la doctrina utilizó históricamente para justificar la existencia de la presunción de legalidad, la que surgió para poder explicar y justificar la ejecutoriedad de los actos administrativos. Como la Administración es quien se preocupa del interés común y esto es lo que guía sus actos, sus intereses no siempre pueden esperar, y aquí la presunción de legalidad ayudó a los gobernantes a poder exigir el cumplimiento de sus actos aun cuando los administrados cuestionaran la legalidad de la medida decretada. La presunción no resulta arbitraria ni propia de un régimen absolutista, según esta postura, pues la formación del acto administrativo está estrictamente regulada y es este procedimiento el que asegura a los administrados que el acto es probablemente legal, porque de no ser así, alguien habría detectado la anomalía en alguno de los pasos requeridos antes de que el acto llegara siquiera a la etapa de cumplimiento. Esta es la idea central que, con más o menos comentarios adicionales, podremos encontrar en todos los autores que señalaremos en este primer apartado.

1.1.1 Juan Antonio Iribarren.

En sus “Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clase revisados por el Profesor” encontramos una primera mención a los argumentos sostenidos para la doctrina respecto de la presunción de legalidad. Sin mencionarla expresamente, este autor señala que el fundamento de la ejecutoriedad de los actos administrativos es que éstos se encuentran abonados de condiciones de legitimidad, cuando son emitidos por funcionario competente,

como requisito de fondo, y respetando las formalidades legales²⁶⁷. Sólo mediante el cumplimiento de estos requisitos el acto será legítimo y permitirá que sea ejecutado por la misma Administración. De faltar alguno de los requisitos señalados, sin importar cuál sea la naturaleza de éste, traerá como consecuencia que el acto sea inexistente, nulo o anulable. Como podemos apreciar, éstos son sólo algunos de los aspectos que deben ser considerados al examinar la legalidad de un acto, ya que aun siendo expedidos por la autoridad competente y habiendo cumplido con todos los trámites que la ley señala para ello, el acto aun puede adolecer de ilegalidades sustanciales, que miran al fondo del asunto y que no serán apreciables a simple vista. En otras palabras, basta que se cumplan los requisitos de competencia y formalidades para que presumamos que el acto ha cumplido con los demás requisitos y sea, en consecuencia, válido.

Del mismo modo, explica la importancia de que los actos administrativos cuenten con ejecutoriedad, señalando que sin ésta se dilatarían innecesariamente los intereses públicos que todo acto administrativo busca. No obstante, la ejecutoriedad no es ilimitada y una de las excepciones que este autor señala es que el acto administrativo importe una “ilegalidad notoria”²⁶⁸. Es decir, en el caso de que la ilegalidad no sea observable a simple vista no existirá causal suficiente para que se retrase innecesariamente el cumplimiento del acto.

1.1.2 Manuel Jara Cristi.

El profesor Jara ostenta el honor de ser el primer autor que habla de la presunción de legalidad en Chile²⁶⁹. No obstante ello, en su “Manual de Derecho Administrativo”, no es posible encontrar palabras propias que permitan identificar su postura frente a la presunción. Al hablar de la propiedad de todo acto administrativo de ser ejecutivo, cita a Arnaldo De Vallés, profesor italiano, quien señala “Esta condición, especialmente favorable a la persona

²⁶⁷ IRIBARREN, Juan Antonio. “Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases revisados por el profesor”. Imprenta Nascimento, 1935. P. 30 y ss.

²⁶⁸ Ibid., p. 38.

²⁶⁹ Autores clásicos chilenos que son anteriores al año 1948 no mencionan nunca a la presunción de legalidad de los actos administrativos. Como vimos, Juan Antonio Iribarren no habla de ella, pero enuncia los argumentos que posteriormente serán usados por los diferentes autores. Entre los distintos tratadistas clásicos de la doctrina chilena de fines del S. XIX y principios del S. XX consultados que no hablaban de la presunción de legalidad, encontramos a Alejo Palma (1859), Valentín Letelier (1904), J. Domingo Amunátegui (1907), Ernesto Merino (1936) y a Agustín Vigorena (1947). No hay ningún reproche en ello, pues como vimos en el Capítulo II, los orígenes de la presunción de legalidad se encuentran recién en 1901 en Italia.

jurídica pública, encuentra su justificación, en primer término, en la superioridad, y, en consecuencia, en la urgencia de los intereses a que han de atender las entidades públicas, y en las garantías, objetivas y subjetivas, que rodean el acto, las cuales permiten afirmar una presunción de legitimidad. De otra parte, mientras el particular que quiere imponer una pretensión en contra de la voluntad obligada, haciéndose justicia, realiza siempre un acto contrario al derecho (molestia, violencia), el Estado posee un poder coercitivo como facultad jurídica, cuyo ejercicio se rodea de tales cautelas, por las normas que lo regulan, y por la forma que lo envuelve, que lo despojan del carácter de amenaza a la paz social que tiene el uso de fuerza por parte de los particulares”²⁷⁰. Con posterioridad a esta cita, no se realizan más comentarios profundizando, analizando, precisando o contradiciendo a De Vallés, por lo que podemos presumir que comparte la opinión expresada por el tratadista italiano respecto a este punto. A continuación del párrafo citado por este autor, De Vallés continúa señalando que “la impugnación (del acto) no elimina la presunción de legitimidad y, salvo los casos excepcionales previstos por la ley, no suspende la eficacia de la voluntad administrativa”²⁷¹. Es interesante resaltar que este autor presenta una fuerte convicción en que el Estado no se equivoca, que el fin buscado por la Administración es siempre legítimo y en beneficio del interés social y que las formalidades establecidas en los procedimientos, por ejemplo, son suficiente garantía de legalidad para los administrados. Esta última convicción, la de que existen suficientes garantías, es compartida por autores chilenos, lo que veremos a continuación.

1.1.3. Enrique Silva Cimma.

En su libro “Derecho Administrativo”, este autor habla de la presunción de legalidad a propósito del principio de ejecutoriedad, uno de los efectos de los actos administrativos. Como ya hemos visto, esta es la postura tradicional defendida por la doctrina, por lo que no innova al respecto. Señala que en virtud de la presunción de legalidad, el acto “debe ejecutarse de inmediato porque así lo exigen la naturaleza del mismo y los intereses de la Administración”²⁷². Podemos notar que este autor también comparte la apreciación de que el Estado siempre obra en busca de lo mejor para todos, y que por ello es natural que sus actos

²⁷⁰ JARA CRISTI, Manuel. “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Jurídica de Chile, 1948. P. 119.

²⁷¹ DE VALLES, Arnaldo. “Elementi di diritto amministrativo”. Padova: CEDAM, 1956. P. 190.

²⁷² SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo”. Editorial Universitaria S.A., 1959. P. 295.

gocen de ciertos privilegios. Aquí podemos notar la importante influencia de la escuela italiana, que comparte esta convicción.

En la misma línea, reconoce que para que pueda existir esta presunción de legalidad, el acto administrativo debe cumplir con los requisitos y etapas que el ordenamiento establece para su tramitación, punto que tampoco altera la postura oficial tomada por la doctrina italiana. En la tramitación y las formas radican las garantías para la ciudadanía y si éstas se cumplen, se entiende que las posibles ilegalidades deben ser detectadas y eliminadas. Especialmente importante en la tramitación, está el paso de la toma de razón, que será abordado en profundidad en el punto 1.2. No obstante, este autor se diferencia de sus colegas italianos en que él no sostiene que sea la presunción de legalidad el fundamento de la ejecutoriedad del acto administrativo, sino que la obligatoriedad del mismo radica en el pronunciamiento emitido por la Contraloría sobre la legalidad del acto o en el decreto de insistencia, si corresponde.

Finalmente, y a propósito de la nulidad del acto administrativo en virtud del artículo 4 de la Constitución Política de la República de 1925, punto sobre el que también volveremos más adelante, a propósito de la Constitución de 1980, es interesante señalar que este autor considera que no podemos alegar que un acto cuyos efectos ya han sido ejecutados sea nulo de pleno derecho, pues la presunción de legalidad y el principio de buena fe de las personas que se han aprovechado y beneficiado del acto impedirían que la nulidad opere retroactivamente²⁷³. El fundamento para esto radica en su convicción de que vivimos en un país con un derecho muy reglamentado y rígidos contralores, que han justificado la ejecución del acto de buena fe.

1.1.4 Hugo Olguín Juárez

Hugo Olguín reconoce que un sector de la doctrina basa el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos en la existencia de una presunción de legalidad, postura que él critica. Siguiendo a la doctrina italiana, este autor es el primer chileno en distinguir entre validez y eficacia y hacer notar que pueden ir por caminos diferentes. Usando también el ejemplo del decreto reparado por Contraloría, pero insistido por el Presidente, hace notar como aun un acto que adolece de vicios de legalidad puede producir de todos modos sus efectos. En

²⁷³ *Ibíd.*, p. 298.

consecuencia, el verdadero fundamento de la ejecutoriedad es la eficacia del acto administrativo, y no la presunción de legalidad que otros autores suponen²⁷⁴. Vimos que esta crítica ha sido retomada en la actualidad en Chile, y que es una muy reiterada en derecho comparado.

Siguiendo la distinción entre validez y eficacia, este autor señala que el retiro de un acto puede atender a ambas, surgiendo distintas especies para cada caso²⁷⁵. La revocación sería una especie de extinción de actos administrativos eficaces, desde que éstos han sido perfeccionados y hasta antes de que hayan producido la totalidad de sus efectos. La revocación no ataca al acto administrativo por sí mismo, sino que a la relación jurídica que éste creó. Como no atiende a elementos de validez, los fundamentos para revocar un acto serán la inoportunidad o inconveniencia actual del contenido del acto²⁷⁶, atendidos los intereses públicos que deben satisfacerse. Ahora, atendiendo a la validez, tenemos a la invalidación, siendo ésta la sanción que la propia Administración impone a sus actos viciados. Si la invalidez es declarada por el Poder Judicial, tomará el nombre de anulación. Ambas formas atacan la estructura del acto administrativo, no a la relación jurídica²⁷⁷. Respecto a estas denominaciones, señala que fueron acordadas en las Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas de Montevideo de 1958, pero discrepa de este acuerdo porque señala que la anulación no es un retiro del acto, sino una remoción de un acto irregular practicada por una sede de jurisdicción²⁷⁸. Critica que a falta de una legislación general, no existan límites claro al ejercicio de esta facultad, como el paso del tiempo o la buena fe del destinatario²⁷⁹.

1.1.5 Mónica Madariaga Gutiérrez.

En su libro “Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica”, es la autora que más profundiza en el tema que estudiamos. Aquí también es notoria la influencia de la doctrina italiana en sus citas bibliográficas. Al igual que Jara, parte citando a otro tratadista italiano, Guiseppino Treves y su obra “La presunzione di legitimita degli atti amministrativi” (1936), quien señala que la presunción de legalidad es el fundamento positivo de la ejecutoriedad del

²⁷⁴ OLGUÍN JUAREZ, Hugo. Op. Cit., p. 24.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 25.

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 80.

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 25.

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 230.

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 253.

acto administrativo. No obstante, a diferencia de Jara, Madariaga sí realiza precisiones que permiten profundizar en su opinión al respecto.

- a) En primer lugar, reconoce que la mayoría de la doctrina señala que la presunción de legalidad es el fundamento de la ejecutoriedad del acto administrativo, pero agrega la precisión de que por sí sola la presunción no puede ser fundamento suficiente. En efecto, basada en la legislación chilena y la facultad del Presidente de República de insistir un decreto que ha sido reparado por la Contraloría por no considerarlo ajustado a la legalidad vigente, el acto “queda desprovisto de toda presunción de legitimidad a causa del reparo, pero, no obstante ello, adquiere plena eficacia a través de la institución de la insistencia”²⁸⁰. Como podemos apreciar, en su opinión el fundamento último de la ejecutoriedad del acto administrativo es la eficacia y no la presunción de legalidad, pues existen casos en que, a pesar de cuestionarse su legalidad, el acto deberá ser cumplido por la autoridad, los funcionarios y los administrados de todas formas. En este aspecto, Madariaga continúa la posición sustentada por Olguín.
- b) Madariaga reconoce que existen ciertos requisitos que el acto administrativo debe reunir para que la presunción pueda configurarse: emanar de una autoridad competente y cumplir los requisitos formales que el orden jurídico establece. Es necesario que el acto haya cumplido con todas las normas procedimentales establecidas para poder presumir la regularidad de su contenido. Esta es una importante precisión, porque niega que todo acto goce de presunción de legalidad per se, sino que reconoce dicho privilegio sólo a aquellos actos que han cumplido con la serie de formalidades que se establecen en el ordenamiento.
- c) Asimismo, y relacionado dentro del punto anterior, señala la importancia de que la presunción de legalidad se alegue dentro de un estado de normalidad jurídica, “en que la existencia de normas autorreguladoras de la creación del derecho permite establecer con certeza cuáles preceptos son jurídicos y cuáles no lo son”²⁸¹. Esta precisión resultará de mucha utilidad cuando veamos las críticas que se le han

²⁸⁰ MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. “Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica”. Editorial Jurídica de Chile, 1966. P. 64.

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 71.

hecho a la presunción por legitimar actos emanados de gobiernos de facto o en situaciones de excepción, a diferencia de lo expresado por De Vallés, ya señalado, o por Silva Cimma, como se señalará más adelante.

- d) Finalmente, señala que la presunción de legalidad favorece la certeza en la aplicación de las normas, impidiendo dilaciones y suspensiones producidas por la eventual interposición de recursos en contra de los actos, situación que debe impedirse por los intereses mismos de la Administración.

1.2 A propósito de la toma de razón.

Como ya señalamos, tanto Madariaga como Silva Cimma expresamente, y Jara tácitamente, hacen hincapié en la necesidad de que el acto administrativo haya cumplido con los requisitos formales y procedimentales que la ley exige que todo acto administrativo debe cumplir. Dentro del procedimiento de formación, existe un trámite en particular sobre el que debemos centrar nuestra atención: la toma de razón. Esta puede ser definida como “el análisis de la legalidad y constitucionalidad de los Decretos y resoluciones que hace la Contraloría mediante el examen de sus distintos organismos técnicos”²⁸².

A diferencia de los autores italianos, los tratadistas chilenos también se enfocan en este trámite al hablar de la presunción de legalidad, pues, como ya hemos señalado, fue un dictamen de la Contraloría el que oficializó la existencia de la presunción de legalidad de los actos administrativos, al señalar que una vez tomado razón surgía respecto del acto una verdadera presunción de legalidad, que impedía a los funcionarios excusarse del cumplimiento del acto²⁸³. Es más, esta presunción goza de tal fuerza que, una vez superado este análisis de legalidad, ningún otro organismo del Estado y mucho menos los particulares, pueden dejar de aplicarlo o declarar la ilegalidad del acto administrativo. El fundamento de esta imposibilidad absoluta radica, como ya señalamos, en que la Constitución vigente en esta época señalaba, en su artículo 21, las funciones correspondientes a la Contraloría, terminando con la fórmula “...y las demás que las leyes señalen”. Entre éstas encontramos el artículo 10 inciso 1 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría, que le encomienda a este órgano el control de legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos, función que gozaría de rango

²⁸² SILVA CIMMA, Enrique. Op. Cit. P. 140.

²⁸³ Dictamen N° 1.589, de 1957.

constitucional de acuerdo a lo señalado expresamente en la discusión parlamentaria de la ley de reforma constitucional de 1943.

1.2.1 Guillermo Varas C.

La obra de este autor, que data del año 1948, inicia su exposición citando el Dictamen N° 18.426, de 1945, que señala que “la toma de razón de un decreto supremo hace suponer la presunción de que es legal y, por lo tanto, debe ser cumplido por todos aquellos a quienes afecta”²⁸⁴. El dictamen citado continúa señalando que los tribunales ordinarios de justicia sólo tienen competencia para prescindir del mérito del acto, dentro del contexto de la contienda entre particulares que están conociendo, sin poder generalizar dicha decisión o destruir la presunción. Si las personas o instituciones estiman que el decreto es ilegal, el camino que deben seguir es realizar la representación fundada del decreto al Gobierno, para que éste evalúe si amerita modificar o derogar el decreto. Es decir, la presunción de legalidad persiste sin importar si en uno o varios casos el acto fue declarado sin mérito por los tribunales. Para finalizar, este autor señala que en la legislación de la época existía un recurso que permitía declarar la ilegalidad de un acto, pero a nivel municipal. No obstante, éste es el único recurso mediante el cual un particular podría objetar la legalidad de un acto ante los tribunales de justicia.

1.2.2 Enrique Silva Cimma.

Este autor vuelve a mencionar la presunción de legalidad al estudiar la tramitación de un decreto supremo, en particular respecto a la toma de razón, señalando que ésta “importa una verdadera presunción de legalidad del decreto, y se materializa en la firma que el Contralor o el Subcontralor “por orden” de aquel, colocan en el Decreto”²⁸⁵. Asimismo, señala que la toma de razón es el control esencial de la legalidad de los decretos supremos, que además de ser preventivo, es una facultad exclusiva de la Contraloría, que no puede eximirse de esta obligación constitucional. Su pronunciamiento de legalidad es el que hace que el decreto cobre pleno vigor y sea obligatorio para la Administración y para los particulares a quienes el acto obligue.

²⁸⁴ VARAS, Guillermo. Op. Cit. P. 55.

²⁸⁵ SILVA CIMMA, Enrique. Op. Cit. P. 140.

Al igual que Guillermo Varas, este autor enfatiza la absoluta imposibilidad de que los tribunales de justicia ordinarios se pronuncien sobre la legalidad o ilegalidad de los decretos, pues dicha función le corresponde únicamente a la Contraloría General de la República. Pero, de igual manera, estima posible que en un caso particular presentado ante ellos, los tribunales pueden dejar de aplicar los decretos o prescindir de ellos, pero nunca en un sentido generalizado. No obstante, en su obra “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, el autor señala que además del control preventivo de legalidad, existiría un posible control a posteriori, que sería ejercido por el Poder Legislativo, mediante su facultad constitucional de fiscalizar los actos del Gobierno. Así, podría derogar un decreto que estime ilegal exigiéndoselo al Presidente o, incluso, derogarlo mediante una ley. Esta opción sería entregada al Legislativo porque la Constitución consagraba una interdependencia entre los diferentes poderes, especialmente en términos de fiscalización, y además no señala un campo taxativo para que las leyes operen.

1.2.3 Mónica Madariaga Gutiérrez

A diferencia de los autores anteriores, Madariaga da un enfoque distinto al supuesto de que con posterioridad a la toma de razón del decreto se descubra una ilegalidad en él, citando para ello el dictamen N° 49.825 de 1964 que, además de recalcar que la toma de razón imprime una presunción de legalidad al acto, si con posterioridad se detecta una ilegalidad en el acto administrativo es deber de la misma Administración invalidar el acto considerado ilegal²⁸⁶. Esto tiene dos posibles lecturas:

- a) una vez que un particular representa una ilegalidad del decreto a la Administración, no basta que ésta evalúe si hay mérito para una derogación o modificación del mismo, sino que tiene el deber de dejarlo sin efecto si efectivamente es ilegal o se basa en supuestos erróneos. Este dictamen es mucho más categórico y no contempla la posibilidad de modificarlo, sino que lo considera un deber de la Administración.

²⁸⁶ MADARIAGA, Mónica. Op. Cit. P. 71.

- b) supone que la misma Administración no debería desligarse de los decretos dictados por ella, porque siempre hay espacio para que la misma revise los actos pasados, aunque la Contraloría haya dado su aprobación a dichos decretos.

1.3 Postura del profesor Patricio Aylwin

En su obra “Derecho Administrativo” el profesor Patricio Aylwin señala que los efectos de los actos administrativos propiamente tales son dos: la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la ejecutoriedad de los actos administrativos²⁸⁷. Esta es la razón por la que estudiaremos su opinión por separado: no habla de la presunción como fundamento de la ejecutoriedad ni la considera un efecto de la toma de razón, sino que la considera un efecto propiamente tal del acto administrativo, a la par de la ejecutoriedad.

Sobre la presunción, señala que su fundamento radica en el carácter público del acto, porque se entiende que normalmente las autoridades actúan dentro del marco de la ley. En este punto debemos enfatizar que el autor señala que ‘en principio’ las autoridades actúan dentro de la ley, dando cabida al supuesto de que habrá veces en que no lo hagan. No podemos pensar algo diferente a que este autor estima que en estos casos no operará la presunción, ya que ésa es su opinión respecto a aquellos actos que entran al ordenamiento jurídico en virtud de un decreto de insistencia, es decir, aquellos que fueron reparados por su legalidad o constitucionalidad por la Contraloría e insistidos por el Ejecutivo.

Asimismo, indica que la toma de razón afianza la presunción de legitimidad que ya contiene el decreto. No obstante, si la Contraloría objeta el decreto y éste de todas maneras es insistido por la autoridad, éste no contará con la presunción de legitimidad. Es interesante señalar que el rol que él le atribuye a la toma de razón es afianzar la presunción, no crearla, a diferencia de lo señalado por todos los demás autores. Es decir, por el solo hecho de emanar de la autoridad, el acto gozaría de presunción de legalidad. Esto es muy importante porque implica que todos los actos administrativos, no sólo aquellos de los que la Contraloría tomó razón, gozan de la presunción, con la carga correlativa que esto significa para los administrados y la exclusión de competencia que tendrían los tribunales ordinarios y otros órganos para pronunciarse al respecto.

²⁸⁷ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. “Derecho Administrativo”. Editorial Universitaria S.A., 1959. P. 95.

Finalmente, asimila esta presunción a la existente respecto a la autenticidad del instrumento público, es decir, quien alega la ilegalidad o falsedad del mismo debe probarla.

Lo que resulta novedoso y, como señalamos, adelantado para la época, es el hecho de que este autor señalaría que todo acto administrativo goza de presunción de legalidad, sin supeditarlo al hecho de que haya existido un control por parte de la Contraloría. Como veremos, ésta es la postura adoptada por la Ley N° 19.880, 44 años después. Pero en esta época, como ya hemos visto, la opinión dominante es que la presunción de legalidad del acto administrativo nace mediante la toma de razón que hace de él la Contraloría, opinión compartida por este organismo, de acuerdo a lo señalado en numerosos dictámenes, algunos de los cuales fueron reseñados en esta primera parte.

1.4 Recapitulación.

Después del estudio de las opiniones de la doctrina de la época, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, notamos que en general existe la convicción de que el Estado obra dentro de los límites que la Constitución y las demás leyes le imponen, por lo que las normas que regulan el procedimiento de creación del acto administrativo son garantías suficientes para la gente de que la Administración no les impondrá cargas ilegales. Mediante las garantías formales impuestas, se garantiza la legalidad del fondo. Este punto es bastante interesante, pues uno podría pensar que la Segunda Guerra Mundial habría demostrado que la Administración no siempre busca resguardar el bien común y que los autores buscarían mitigar este impacto. Mónica Madariaga es la única que señala que para que la presunción de legitimidad opere, debe existir un estado de normalidad jurídica, es decir, debe operar dentro de un Estado de Derecho. También podemos notar que a pesar del gran poder del que goza en esta etapa la presunción de legalidad, nadie cuestiona su alcance o aboga por un mayor control externo. Veremos que con posterioridad, en especial después de una dictadura como la chilena, los autores pasan a ser mucho más críticos de la actividad del Estado, y mucho más escépticos sobre el fin que motiva las acciones de la Administración.

En segundo lugar, hay consenso generalizado entre los diferentes autores en que es el trámite de la toma de razón el que imprime una presunción de legalidad al decreto, siguiendo un poco la idea de la importancia de las garantías formales. En consecuencia, sólo aquellos actos que son conocidos por la Contraloría gozan de esta fuerte presunción que le supone un gran beneficio a la autoridad, que como vimos, ni siquiera puede ser destruida por los tribunales de justicia. El único que se aparta de este camino es Patricio Aylwin, que tiene la idea de que la toma de razón sólo afianza la presunción de legalidad que todo acto emanado de la Administración tiene. La excepción, señala él, serían sólo aquellos decretos que fueron reparados por la Contraloría por encontrarle vicios de legalidad o constitucionalidad. Esta línea de pensamiento trae consigo importantes consecuencias, pues, como vimos, le daría un extraordinario poder a todos los actos de la administración, restringiendo mucho las posibilidades de reclamar de los administrados en caso de estimar la ilegalidad del decreto.

En tercer lugar, y continuando con lo señalado anteriormente, sólo se le reconoce competencia a la Contraloría General de la República para pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad de los actos administrativos. Una vez tomado razón por ella, todo otro organismo que no sea la misma Administración carece de potestad para pronunciarse sobre una eventual ilegalidad. Con la sola excepción del recurso para alegar la ilegalidad de un decreto municipal, no se le reconoce posibilidad alguna a los tribunales para pronunciarse al respecto. Sobre una eventual nulidad de derecho público, vimos que sólo Enrique Silva Cimma se pronuncia al respecto, y lo hace en términos más bien restrictivos. Es más, uno de los límites que señala para que una nulidad del decreto operara completamente es la presunción de legalidad que los actos administrativos tienen, por lo que, en su opinión, los efectos ya producidos deben mantenerse dentro de lo que sea posible. Este punto también tendrá importancia más adelante.

En cuarto lugar, vemos que el origen de la presunción es justificar el efecto de ejecutoriedad de los actos administrativos. Este origen es muy importante, porque determina de buena manera como los diferentes autores van a abordar el estudio de la presunción de legalidad. Primero, suele ser vista desde el punto de vista de la Administración en vez del de los ciudadanos. Cómo y en qué momento se crea, cómo le permite a la Autoridad ejecutar sus actos sin demora, cómo depende sólo de la misma Administración si el acto será modificado o anulado, etcétera. Asimismo, y a pesar de que supone un importante gravamen para la gente, existe consenso en que son más los beneficios que los problemas que su aplicación trae. Esto

presupone la asunción de que el Estado actúa motivado siempre para proteger el bien común, por lo que resulta lógico y práctico que sus actos se ejecuten primero y se reclamen después. Además, ayuda a la seguridad jurídica y al principio de buena fe, pues existiendo esta presunción las personas pueden actuar con la certeza de que las normas o actuaciones que ordene el decreto se mantendrán vigentes por bastante tiempo, planificando de mejor manera sus actos jurídicos. No debemos dejar de mencionar la crítica que realiza Hugo Olguín al respecto, quien distingue validez de eficacia y no sigue la apreciación general de que es la presunción de legalidad el fundamento mismo de la ejecutoriedad, postura que continuó Mónica Madariaga.

2. Durante la Constitución Política de la República de 1980 y hasta el año 2003.

En esta nueva etapa apreciaremos un importante debilitamiento de la fuerza de la presunción de legalidad, debido a varios cambios experimentados en la nueva Constitución. Primero, en 1989, se elimina la referencia a los tribunales contencioso-administrativos, pasando a ser competencia de los tribunales ordinarios cualquier reclamación contra actos emanados de la Administración, abriendo completamente la vía jurisdiccional para impugnar los decretos. Segundo, la teoría de la nulidad de derecho pública cobra nuevas fuerzas. Aunque como vimos, la nulidad ya se discutía bajo el marco de la Constitución anterior, es en esta etapa cuando se discute con mucha más relevancia en la doctrina sus efectos, cómo opera y cuál es el alcance que tendría. Y tercero, la creación del recurso de protección abre una nueva e importantísima vía para poder impugnar la validez de los decretos. Es más, ejercer este recurso ante la posible “amenaza” de un acto, puede impedir que la presunción pueda llegar a nacer siquiera.

Todos estos cambios son considerados por los autores en esta etapa, quienes asumen una posición mucho más crítica y acotada respecto a la fuerza de la presunción de legalidad.

2.1 Enrique Silva Cimma

En su obra “Derecho Administrativo Chileno y Comparado” de 1992, este autor no presenta mayores modificaciones respecto a lo señalado en sus obras anteriores. Dentro de estas podemos señalar:

- a) Eleva la toma de razón a un requisito de existencia del acto administrativo²⁸⁸. Esto reviste muchísima importancia, pues son cada vez menos los actos que pasarán por este trámite.
- b) A pesar de que reconoce que ha habido avances con la dictación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, dictada en 1986, o la diferenciación entre ilegalidad e inconstitucionalidad, sigue considerando necesaria la creación de los tribunales administrativos que se especialice en la materia.

Por otro lado, en su obra “Derecho Administrativo Chileno y Comparado” de 1995, este autor aborda nuevamente la presunción de legalidad del acto administrativo, enfocándose esta vez desde la perspectiva de la nulidad.

Para ello, comienza señalando que la presunción de validez se considera un efecto normal de los actos administrativos²⁸⁹, cambiando su postura inicial y reseñada en el apartado 1.1. Como vimos, él consideraba el principio de ejecutoriedad como uno de los efectos del acto administrativo, dentro del cual se enmarcaba la presunción de legalidad. Ahora, siguiendo a otros autores, considera la presunción de legalidad como un efecto en sí mismo, sin sujetarlo a otros principios o efectos.

Al cuestionarse sobre la posibilidad de aplicar la teoría de la inexistencia al ámbito público, este autor niega que pueda aplicarse a cabalidad, porque considera que son muchos los riesgos que podrían crearse en caso de no hacerlo con la cautela debida. Dentro de los argumentos que da para justificar su postura, señala que se generarían graves problemas con el principio *solve et repete* y el de jerarquía, además de la existencia de la presunción de legalidad, que es un principio imperante en el Derecho Administrativo²⁹⁰, que dejaría de ser aplicado si señalamos que un acto administrativo es inexistente.

Sobre la extensión y aplicación de la nulidad de derecho público para aquellos actos que no cumplan con los requisitos formales y de fondo señalados por las leyes, es partidario de que

²⁸⁸ SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”. Editorial Jurídica, 1992. P. 218.

²⁸⁹ SILVA CIMMA, Enrique. Op. Cit., p. 121.

²⁹⁰ *Ibíd.*, p. 124.

siempre debe existir la declaración de un juez que señale que el acto es nulo, porque las consecuencias de señalar que es inexistente o nulo de pleno derecho podrían ser muy problemáticas para el correcto funcionamiento de las actividades de la Administración.

Finalmente, se refiere a cómo la presunción de legalidad influye en el principio de jerarquía, que considera el punto fundamental de la Administración. Señala que este principio ampara todos los actos de la Administración, lo que impide que cualquier persona y menos un funcionario señale que el acto es ilegítimo y se abstenga de darle cumplimiento. Sería consagrar la anarquía dentro de la Administración del Estado²⁹¹. Remarca la importancia de las formalidades en la creación del acto administrativo, porque sólo habiéndolas cumplido se logra alcanzar la presunción de legalidad, que impide que cualquiera ajeno a la Administración pueda dejar de cumplirlo señalando que el acto es inexistente o nulo²⁹².

2.2. Mónica Madariaga Gutiérrez.

Como vimos, en la primera etapa esta autora fue la única que se preocupó de acotar los escenarios en los que la presunción de legalidad opera y era algo más crítica de la posibilidad de errores en la Administración. En su libro “Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI”, esto se explicita cuando señala que “en la práctica ha demostrado ser de ordinaria ocurrencia, por la confusión en que incurre la autoridad al no tener claridad acerca de sus propios propósitos ni respecto del límite de sus potestades de acción pública, hechos que la llevan a dictar actos de contenido difuso, contradictorio o indeterminado”²⁹³.

Frente a la posibilidad de impugnar un decreto o resolución en trámite mediante la acción constitucional de protección, esta autora estima que sólo excepcionalmente podría intentarse contra la “amenaza” de alguna de las garantías que la Constitución señala. Esta posibilidad existe únicamente porque la Constitución lo señala expresamente.

Sobre la toma de razón, se abre a la posibilidad de que mediante el conocimiento de que los particulares aporten antecedentes al proceso, permitiéndole a la Contraloría conocer de mejor

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 145.

²⁹² *Ibíd.*, p. 146.

²⁹³ MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. “Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI”. Editorial Jurídica, 1993. P. 94.

manera los alcances que tendrán los actos que está conociendo. No obstante, si esto no se produjera no sería terrible porque la toma de razón no es un pronunciamiento irreversible y sólo imprime una “presunción” de legalidad al acto²⁹⁴. Como vemos, el valor que le da a la presunción de legalidad se ve muy reducido. Primero, al señalar que es reversible implica reconocer que existen medios para contradecir la toma de razón una vez conocida, que son los que ya hemos señalado: la vía administrativa y la jurisdiccional. Y segundo, cuando señala que la toma de razón sólo imprime una “presunción” de legalidad, está reconociendo que es sólo una presunción simplemente legal, es decir, que admite prueba en contrario. Así, vemos que ha reducido muchísimo el poder del que gozaba el acto administrativo presumiblemente legal en la etapa anterior.

2.3 Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Este autor clasifica los distintos tipos de control de los actos administrativos que existen. Al referirse al control preventivo, señala que es aquel que, en principio, impide el nacimiento de actos jurídicos viciados. Su ejercicio corresponde a la Contraloría General de la República en nuestro ordenamiento y su efecto principal es dotar de cierta presunción de juridicidad a los actos aprobados por ésta²⁹⁵.

Reseñando los cambios realizados en la Administración con el objeto de lograr mayor celeridad y eficiencia, señala que ante la imposibilidad material de la Contraloría de fiscalizar todos los actos administrativos se crearon unidades de control al interior de los propios órganos de la Administración y las Municipalidades que, sujetándose en último término a la Contraloría, colaboran con ésta en el control preventivo de juridicidad.

Señala que en esta década, la Contraloría ha desarrollado un nuevo enfoque del control, reduciendo significativamente el uso del control preventivo de legalidad o toma de razón, prefiriendo los llamados controles de reemplazo²⁹⁶. Asimismo, son cada vez menos los actos que pasan por el trámite de la toma de razón, reduciéndose a los decretos supremos y las resoluciones de los Jefes de servicios (artículos 1 y 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 126.

²⁹⁵ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “El principio del control en la Administración del Estado. El principio del control en la década 1990-2000”, publicado en “La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990=2000”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000. P. 598.

²⁹⁶ *Ibíd.*, p. 615.

Contraloría General de la República). Incluso dentro de estas resoluciones, leyes especiales pueden excluir que ciertos decretos o resoluciones de Jefes de servicios pasen por el control que representa la toma de razón. Aunque este autor reconoce que la eficiencia se vería seriamente afectada si todos los actos pasaran por la toma de razón, también cree que esta excepcionalidad del control no está conforme con el ordenamiento jurídico, que exige la Constitución y la misma ley orgánica de la Contraloría²⁹⁷. Ante la gran cantidad de actos que son fiscalizados mediante controles de reemplazo, que son a posteriori y traen como consecuencias medidas más bien disciplinarias, recoge la discusión sobre la posibilidad de que la Contraloría realice un control jurídico de los actos que le son presentados para efectos del trámite del registro. Aunque la doctrina se pronuncia por la respuesta afirmativa, en la jurisprudencia no hay unanimidad al respecto. Aunque la mayoría de los fallos señalan que no le es posible, existen otros que señalan que sí sería posible por la competencia especial que la Contraloría reviste.

Esta discusión resulta muy importante para nuestra investigación, porque la presunción de legalidad nacería sólo de aquellos actos que han sido aprobados en la toma de razón para la mayoría de la doctrina (con la excepción de Aylwin, como vimos), y al verse reducido el campo de aplicación de la toma de razón, necesariamente se reduciría el de la presunción de legalidad.

Sobre uno de los hitos de esta etapa, la creación del mal llamado recurso de protección, se refiere a la interesante posibilidad de emplearlo como medio de control del control preventivo de legalidad que realiza la Contraloría. La jurisprudencia ha vacilado entre las dos posibles respuestas a esta cuestión. Si aceptamos que el control que realiza la Contraloría es exclusivo y excluyente, no será posible revisarlo mediante el recurso de protección. Si consideramos que toda la actividad administrativa está sujeta al control de los tribunales, sí lo sería²⁹⁸. Ante esta situación, la Contraloría ha planteado contiendas de competencia en contra de las Cortes de Apelaciones ante el Senado, quien ha votado mayoritariamente por la Contraloría pero siendo cada vez más crítico de esta posición.

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 618.

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 624.

Finalmente, sobre la nulidad de derecho público, señala que es posible usar esta vía para ejercer un control posterior a los actos administrativos. No obstante, es bastante crítico sobre la amplitud que puede alcanzar esta vía, cuestionando su uso para dejar sin efecto actos de hace 20 años, lo que a su juicio atenta contra la estabilidad y la seguridad jurídica.

2.4 Iván Aróstica Maldonado.

En su artículo ¿Qué queda de la presunción de legalidad?²⁹⁹, sostiene que el principio pro administrado genera una crisis de magnitud en todas las prerrogativas que posee la Administración. Entre estas, se cuenta la presunción de legalidad. Esta es un verdadero privilegio para la Administración en caso de conflicto o resistencia a acatar sus mandatos. Dicha presunción provoca dos efectos: la exigibilidad del acto administrativo y la carga de la prueba recae en el afectado. Sin embargo, ello se opone a que en Chile no hay persona o grupo privilegiado. De ahí que la presunción deba ser reevaluada para determinar a qué actos se le aplica.

En otros de sus artículos (“El trámite de toma de razón de los actos administrativos”), critica el hecho de que este trámite tenga entre sus consecuencias el de constituir una verdadera presunción de legalidad a favor del acto administrativo, pues señala que el Código Civil establece como posibles fuentes de una presunción sólo a la ley y a los jueces³⁰⁰. Del mismo modo critica que la Contraloría haya ampliado la presunción a sujetos fuera de la misma Administración y critica que no sólo los actos administrativos que hayan sido efectivamente tomados de razón gocen de presunción de legitimidad, sino que también aquellos decretos de “urgencia” o aplicación inmediata, citando el dictamen N° 45.675 de 1973 en ese sentido³⁰¹. En su opinión, para que pueda operar la presunción de legalidad, deben concurrir los siguientes supuestos: (i) que ésta surta efectos sólo dentro de la misma Administración, sin aplicarse a tribunales ni particulares; (ii) que ésta alcance sólo a aquellos actos administrativos que efectivamente fueron tomados de razón, excluyéndose entonces a los actos exentos y a los considerados ‘urgentes’; (iii) dentro de los tomados de razón, que la presunción de legalidad se extienda sólo a aquellos que hayan tenido el visto bueno por parte

²⁹⁹ En Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 88 N° 1, 1991, pág. 1 a 7.

³⁰⁰ ARÓSTICA MALDONADO, Iván. “El trámite de toma de razón de los actos administrativos”, publicado en Revista de Derecho Público, Vol. 1991 (N° 49). P. 164.

³⁰¹ *Ibíd.*, p. 165.

de la Contraloría o el Tribunal Constitucional, para no llegar al absurdo que significa que actos que la misma Contraloría considera ilegales gocen de presunción de legalidad; (iv) la presunción sólo puede ser de legalidad en sentido estricto, no de constitucionalidad; y (v) sólo puede entenderse respecto de la legislación existente al momento de tomarse de razón, no pudiendo extenderse a leyes dictadas con posterioridad al acto en cuestión.

Por su parte, en su artículo “Estado de derecho y nulidad de derecho público”, destaca que bajo el imperio de esta nueva Constitución, la Administración ya no goza del enorme poder que impedía a los ciudadanos cuestionar sus actos mediante la vía judicial.

Realiza una importante enumeración de las sentencias, judiciales y administrativas, que reconocen la posibilidad de que los actos administrativos puedan ser dejados sin efecto mediante la vía jurisdiccional. Los jueces incluso pueden obligar a la Administración a dictar nuevos actos que restablezcan el imperio del derecho. Asimismo, señala los artículos constitucionales y de tratados internacionales que permiten sustentar esta opinión.

2.5 Hugo Caldera Delgado.

En su obra “El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación”, hace notar que ya desde 1980 se venía discutiendo en Chile la necesidad de contar con una ley de procedimiento administrativo que regulara la presunción de validez de los actos administrativos y de los actos de gobierno, porque esta fue establecida en beneficio de la autoridad y no para tutelar a los particulares³⁰². La presunción de validez, a la que considera una emanación del principio de legalidad, tiene como presupuesto indispensable que el acto haya cumplido con todos los trámites establecidos en relación con el tipo de acto y la materia sobre a que éste recae, porque cada tipo puede significar el cumplimiento de diferentes requisitos y formalidades procedimentales. De modo tal, que para que la presunción de legalidad no sea arbitraria desde el punto de vista de los administrados, es indispensable que éstos conozcan de antemano el procedimiento que cada acto debe cumplir para ser válido³⁰³.

³⁰² CALDERA DELGADO, Hugo. “El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación”. Editorial Jurídica de Chile, 1981. P. 49.

³⁰³ Ibid., p. 53.

Del mismo modo, señala que la presunción de legalidad constituye un fuero que protege los efectos del acto frente a su impugnación administrativa o jurisdiccional, considerando que sus efectos son revestir al acto de una regularidad jurídica que, admitiendo prueba en contrario, perdurará mientras no sea demostrado lo contrario. En consecuencia, aun cuando el acto se encuentre viciado y sea por ello anulable, debe ser acatado tanto por las autoridades como por los administrados.

En su “Tratado de Derecho Administrativo”, este autor considera a la presunción de legalidad como un efecto ordinario del acto administrativo, junto a los efectos de imperatividad, irretroactividad, ejecutoriedad, ejecutividad, estabilidad, insusceptibilidad e impugnabilidad. Para lograr esta presunción, el acto debe cumplir con todos los requisitos procedimentales y no impide que con posterioridad sea impugnado por la vía jurisdiccional.

Este autor expresa su aprensión contra la presunción de legalidad, a la que tilda de “excesivamente regalista” y “tal vez un tanto abusiva” contra los particulares³⁰⁴. No obstante, señala que todo acto, sin importar su naturaleza, una vez que ha cumplido con el procedimiento que la ley le señale, queda revestido de esta presunción³⁰⁵. He aquí la razón de porqué enfatiza tanto la importancia de que se dicte una ley general de procedimiento administrativo. Señala que en razón de su materia, un mismo tipo de acto puede tener distintos procedimientos señalados para su creación. La única manera en que la presunción no sea arbitraria en contra de los particulares, es que éstos conozcan de antemano el procedimiento que regula el acto³⁰⁶, ya que le otorga a la Administración una especie de fuero que puede resultar injusta.

Sobre la nulidad de derecho público, señala la necesidad de que un juez la declare, ya que los efectos del acto administrativo están protegidos por la presunción de legalidad, aun cuando existan irregularidades en el procedimiento. Para efectos de que la presunción opere, es necesario que el acto se fundamente en al menos una norma de derecho, que sería que el acto fuese dictado por un funcionario competente y que se hayan respetado las formalidades establecidas.

³⁰⁴ *Ibíd.*, “Tratado de Derecho Administrativo”. Ediciones Parlamento Ltda., 2001. P. 76.

³⁰⁵ *Ibíd.*, p. 74.

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 78.

2.6 José Ignacio Martínez Estay

En su artículo “Algunas reflexiones sobre la nulidad de Derecho Administrativo”, este autor defiende que los efectos de la nulidad de derecho público operan ipso iure, al igual que en España e Inglaterra. Basándose en este último país, señala que en Chile de todas formas se entiende que un acto que fue efectuado por alguien que carecía de facultades para llevarlo a cabo, se entiende nulo *ab initio* (*void ab initio*), es decir, el acto no existe o carece de efectos jurídicos³⁰⁷. No obstante, realiza una importante distinción para efectos de la presunción de legalidad de los actos. Si bien no puede presumirse que un acto sea válido sólo por provenir de los poderes públicos, sí puede reconocerse su eficacia. “Ello, porque la eficacia es una cuestión de hecho, y si se quiere de fuerza, pero no es sinónima de legitimidad ni de juridicidad, a diferencia de la validez, de la que dichas expresiones sí son equivalentes”³⁰⁸. Debemos recordar que una distinción semejante realizaron Hugo Olgún y Mónica Madariaga a propósito del fundamento de la ejecutoriedad del acto administrativo.

Asimismo, señala que debido a que la nulidad de derecho público difiere de la nulidad civil, siendo incluso anterior a ésta³⁰⁹, los actos administrativos nulos no pueden ser saneados, rectificadas ni convalidados. Esta posición sería minoritaria dentro de la doctrina, que señala que una vez que la Administración percibe que un acto goza de algún vicio que pueda dejarlo sin efecto, tiene el deber de corregirlo y evitar graves consecuencias. En lo que ambas posturas coinciden, es que la nulidad de los actos administrativos reconoce como límite los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

2.7 Recapitulación

Luego de revisar las posturas de los distintos autores en esta etapa, resulta fácil notar nuevas tendencias en ellas.

En primer lugar, podemos mencionar que la fuerza de la presunción de legalidad vivió paralelamente dos importantes procesos opuestos entre sí. Así, por un lado se vio muy

³⁰⁷ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Algunas reflexiones sobre la nulidad de Derecho Administrativo”, Documento de Trabajo N° 56, Universidad de Los Andes, 2003. P. 7.

³⁰⁸ *Ibíd.*

³⁰⁹ Al respecto cita a Caldera y Soto Kloss, quienes ubican el origen de la nulidad de derecho público en la Constitución de 1833, siendo anterior al Código Civil y que por esto no se le aplicarían sus normas.

fortalecida, dado que empezó a considerársele un efecto del acto administrativo *per se*, en vez del fundamento de la ejecutoriedad del mismo, como habíamos visto en una primera etapa. Debemos remarcar esta nueva tendencia, ya que como vimos continúa siendo un tema no aclarado del todo en otras latitudes, como España. Del mismo modo, empieza a desligársele de la toma de razón, ampliando la cantidad de actos que gozarían de esta presunción. Esto trae consigo importantes consecuencias, ya que no sólo se habla de la presunta legalidad del acto administrativo para efectos de hacerlo cumplir. Ahora todo acto se presume válido, para cualquier efecto. Contradictoriamente, este período también presenció un fuerte ocaso de la fuerza de la presunción, lo que se debe a numerosas causas que detallaremos a continuación. En consecuencia, vemos como a pesar de los nuevos bríos con los que cuenta la presunción, su campo de acción se ve cada vez más limitado, y a la vez se abren más posibilidades para impugnarla.

Como primera causa del debilitamiento de la presunción de legalidad que recién señalamos, se encuentra el hecho de que la toma de razón se convierte un paso cada vez más excepcional dentro de la tramitación de un acto administrativo³¹⁰. La necesaria modernización del Estado ha obligado a idear métodos de control más descentralizados y expeditos, reduciendo al control preventivo de legalidad a los decretos supremos y las resoluciones de Jefes de servicios. Y dentro de éstas, como señalamos en su momento, también hay excepciones al control por parte de la Contraloría. Aquí entramos en un punto crucial, que demuestra un importante cambio en la postura de los autores: antes señalaban que uno de los efectos de la toma de razón era de dotar de una presunción de legalidad al acto administrativo; hoy, se le menciona como uno de los efectos del acto en sí, sin mencionar la toma de razón como requisito.

Sobre este punto en particular, debemos realizar nuevas e importantes precisiones. Silva Cimma señaló que la toma de razón es un requisito de la existencia del acto administrativo, pero como vimos, cada vez son menos los actos que pasan por este trámite. ¿Son inexistentes entonces todos los actos administrativos que no son tomados de razón por la Contraloría? No podríamos aceptar esta conclusión, porque de ser así prácticamente ningún acto administrativo existiría. Por otro lado, Caldera señala que entre los efectos ordinarios del acto administrativo,

³¹⁰ Para profundizar este aspecto, vid. CORDERO VEGA, Luis. “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”, intervención en el Panel sobre la Contraloría General de la República, en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, el 01 de diciembre de 2006.

es decir, entre los que siempre nacen, se encuentra la presunción de legalidad. ¿Significa esto que todos los actos gozan de la presunción, aun si no son tomados de razón por la Contraloría? Aceptar esta conclusión, señala, implica graves consecuencias, puesto que la presunción es de 'legalidad', y es difícil aceptar que un acto se presuma legal aun cuando no haya existido un control de la juridicidad del mismo.

Como segunda conclusión de esta etapa, notamos una nueva postura más crítica de la actividad del Estado. En un primer momento, no se dudaba de la necesidad y la conveniencia de la existencia de la presunción de legalidad, pero en esta segunda etapa se sabe que el Estado, al igual que los privados, puede equivocarse y que no resulta legítimo que incluso en esas ocasiones se cuente con una prerrogativa tan fuerte. Muy duras resultan las palabras de Mónica Madariaga en este sentido: “la confusión en que incurre la autoridad al no tener claridad acerca de sus propios propósitos, ni respecto del límite de sus potestades de acción pública, hechos que la llevan a dictar actos de contenido confuso, contradictorio o indeterminado”³¹¹. Como vemos, esto prácticamente contradice lo señalado por Manuel Jara Cristi al citar a Arnaldo De Vallés, quien dice que la ejecutoriedad “encuentra su justificación, en primer término, en la superioridad, y, en consecuencia, en la urgencia de los intereses a que han de atender las entidades públicas, y en las garantías, objetivas y subjetivas, que rodean el acto, las cuales permiten afirmar una presunción de legitimidad”. Esta nueva postura trae como consecuencia que se buscan nuevas vías para poder impugnar los actos administrativos, posibilidades que antes no se contemplaban, como veremos a continuación.

En tercer lugar, debemos reconocer la importancia que jugó la eliminación de la mención a los tribunales contencioso-administrativos de la Constitución. Aunque se habían abierto algunas alternativas para que los tribunales ordinarios pudiesen dejar sin efecto ciertos actos administrativos, como el mal llamado recurso de protección, esta eliminación puso término completamente a la discusión existente en la primera etapa, relativa a si los tribunales ordinarios eran competentes para conocer de la actividad administrativa o no, resolviéndola para mejor. Si bien hubiese sido preferible la creación de tribunales especializados que revisaran la actuación de la Administración, resulta adecuada la apertura a un mayor número

³¹¹ MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. “Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI”, p. 94.

de medios de control de legalidad de los actos, especialmente cuando vemos que el control por excelencia, la toma de razón, cada vez es más escaso.

Muy relacionado a lo anterior y profundizándolo, debemos señalar como cuarta conclusión del período la apertura de la vía jurisdiccional para controlar la legalidad de los actos administrativos. Es importante que se le haya reconocido competencia a los tribunales ordinarios, pero también es muy importante que los tribunales hayan aceptado y acogido esta posibilidad. Podemos reconocer dos formas en las que este control se ha manifestado principalmente. La primera, es la acción de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución de 1980. Como vimos, esta acción ha permitido que actos ilegales de la autoridad que atenten contra ciertos derechos específicos sean revisados y dejados sin efecto por las Cortes de Apelaciones. A pesar de que una reforma posterior hizo suficiente causal para esta acción un acto u omisión arbitraria, sin hacer mención a su ilegalidad, originalmente se exigía un acto ilegal y arbitrario, abriendo a nivel constitucional una vía para impugnar la legalidad de un acto administrativo.

La segunda vía es la nulidad de derecho público. Sobre ésta debemos realizar algunas precisiones previas. Soto Kloss y Hugo Caldera señalan como origen de esta institución el artículo 60 (posterior 51) de la Constitución de 1833, pero sólo con la Constitución de 1980 esta institución cobró relevancia. Como vimos, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, sólo Silva Cimma relacionó a la presunción de legalidad y a la nulidad de derecho público, señalando que la presunción de legalidad operaría como un límite al efecto retroactivo de la nulidad. La postura actual sería exactamente la contraria, es decir, que la presunción de legalidad puede ser incluso inconstitucional.

3. Después de la dictación de la Ley N° 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo.

El año 2003 se dictó la tan ansiada ley de bases del procedimiento administrativo. Esta ley buscaba modernizar la actividad del Estado, agilizándola y unificando la forma en que se expiden los actos.

En su artículo tercero inciso octavo y último, señala que “*Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su*

entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.” Este artículo le dio sustento legal a la presunción, continuando la tendencia de distinguirla del imperio y de la exigibilidad del acto administrativo. Asimismo, notamos que tampoco hay referencia a la toma de razón en este inciso. Finalmente, vemos que reconoce expresamente la facultad de la Administración de revocar sus propios actos por ilegalidad.

Como mencionamos, la introducción de este inciso se debió a la indicación N° 97 del Senador don Andrés Zaldívar, y fue aprobada por la unanimidad de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, sin discusión alguna por estimar que sólo reconocía principios reconocidos por el ordenamiento jurídico chileno. Esta posición ha sido criticada por varios autores, en distintos términos, lo que pasaremos a revisar a continuación.

3.1 Luis Cordero Vega.

En su artículo “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”, la tercera falacia a la que hace mención es el hecho de que la presunción de legalidad se derive de la toma de razón³¹². El verdadero fundamento de esta institución, según lo que señala este autor, radica en el hecho de emanar de una autoridad pública que ejerce poder público de conformidad a las exigencias impuestas por los artículos 6 y 7 de la Constitución, de manera que parcialmente actualiza la soberanía (artículo 5 inciso II). Es esta la razón, continúa, por la cual la Ley N° 19.880 señala que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad siendo irrelevante para ello si fueron tomados de razón o no. Sobre los efectos de la presunción, la única carga que le impone al ciudadano es la de entablar la acción pertinente para evitar que el acto administrativo se entienda consentido, pues de modo alguno puede la presunción modificar por se situaciones jurídicas de otros sujetos³¹³.

En su obra “El control de la administración del estado”, este profesor señala que entre los efectos que produce la toma de razón de un acto administrativo se encuentra el de originar la

³¹² CORDERO VEGA, Luis. “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”, p. 14.

³¹³ *Ibíd.*

presunción de legalidad³¹⁴. A renglón seguido, señala que de todos modos debe matizarse esta afirmación por cuanto la presunción de legalidad no emana de la toma de razón, sino del hecho de provenir de una autoridad, de acuerdo a lo señalado en su trabajo reseñado anteriormente.

Del mismo modo, Cordero señala que la presunción de legalidad no siempre significará que el ciudadano tendrá toda la carga de la prueba para impugnar la validez del acto, sino que esto dependerá de la naturaleza del mismo. La Administración deberá probar, de todos modos, los presupuestos fácticos que invocó para actuar, es decir, los motivos que la llevaron a actuar de dicho modo. En consecuencia, no es el ciudadano quien debe producir toda la prueba relevante en juicio³¹⁵. Por tanto, la presunción no toca a los tribunales, quienes deben ejercer su labor en los mismos términos que en otros procesos entre civiles que conozcan, debiendo cada parte acreditar los hechos que alega.

3.2 Claudio Moraga Klenner.

Este autor trata la presunción de legalidad dentro de los caracteres del acto administrativo. Asimismo, la califica como un privilegio especial, que permite ejecutar el acto administrativo, es decir, le confiere imperio y lo hace inmediatamente exigible³¹⁶. La presunción de legalidad opera tanto dentro como fuera de la administración. Dentro, en relación con los funcionarios, quienes a pesar de la existencia de la presunción, de todos modos pueden representar el acto que consideren ilegal ante sus superiores (artículo 61 letra f, del Estatuto Administrativo). La diferencia que presenta la presunción de legalidad con respecto a los terceros ajenos a la Administración, es que éstos siempre pueden provocar la impugnación del acto que estiman viciado, sea en sede administrativa o judicial. El hecho de que la ley lo haya consagrado expresamente, significa que todos los actos administrativos sin excepción alguna, se ven beneficiados de este privilegio. Esto incluiría a todos aquellos actos que habiendo sido representados por la Contraloría en razón de sus vicios de legalidad, fueron insistidos por el Presidente en virtud de sus facultades, pues así lo ha establecido la Constitución zanjando esta posible discusión.

³¹⁴ CORDERO VEGA, Luis. “El control de la Administración del Estado”. Editorial Lexis Nexis, 2007. P. 79 y ss. Este trabajo también fue publicado en “Derecho Administrativo Chileno. Rolando Pantoja Bauzá Coordinador”. Editorial Porrúa, 2007. Pp. 656 y ss.

³¹⁵ Ibid., p. 81.

³¹⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. “Derecho Administrativo Chileno” Rolando Pantoja Bauzá Coordinador. Editorial Porrúa, 2007. P. 198.

En su obra “Tratado de Derecho Administrativo”, agrega a este mismo trabajo su apreciación de que la presunción de legalidad se trata de una suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho y que por tanto tiene pleno valor y eficacia jurídica. Cita a Aylwin, quien fundamentaba esta presunción en otra: el deber de las autoridades de actuar conforme a derecho. También agrega que el acto es vinculante para todos los órganos de la Administración, quienes no pueden dejar de cumplirlo u obstaculizarlo, y aun más, no pueden actuar de manera alguna que impida que aquél tenga efecto útil³¹⁷. Finaliza diciendo que el único acto que carece de presunción de legalidad bajo los términos de la nueva ley, sería aquel que fue dictado en contra de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada.

3.3. Pedro Aguerrea Mella.

Reconociendo que la ley no innova en esta materia, sí señala que todos estos “atributos” del acto administrativo se encuentran relacionados entre sí y en buena medida derivan unos de otros. Reconoce el problema que representa que en su concepción original la presunción de legalidad emanase de la toma de razón, cuando, como ya hemos visto, ésta está cada vez más restringida y que aun así los actos exentos son actos administrativos, gozando en consecuencia de este privilegio. Por ello postula que su fundamento consiste en emanar de una autoridad legalmente constituida. Del mismo modo, señala que el fundamento último de la presunción, debe ser la conformidad del acto administrativo con la Constitución, y la promoción del bien común, tarea que le es encargada a todos los órganos de la Administración.

3.4 Jorge Bermúdez Soto.

En su obra “Derecho Administrativo General”³¹⁸, este autor, que trata la presunción como característica del acto administrativo, continúa la tendencia de aquéllos que distinguen entre eficacia y validez del acto administrativo, señalando que la presunción de legalidad dice relación más bien con la eficacia u obligatoriedad que con la legalidad del mismo.

³¹⁷ *Ibíd.*, “Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado” Coordinador Rolando Pantoja. Editorial Abeledo Perrot. 2010. Tomo VII, p. 97.

³¹⁸ Bermúdez Soto, Jorge; *Derecho administrativo general*; 2º edición, Editorial Abeledo Perrot, Santiago 2011, p. 124.

Sobre la toma de razón, señala que este es un proceso selectivo de control que sólo entrega una presunción de juridicidad. En caso de dudas, los tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional pueden revisarlo con posterioridad a la toma de razón. La Contraloría no puede volver a pronunciarse sobre el acto una vez aprobado el trámite de la toma de razón. De todas formas, la toma de razón sólo refuerza la presunción de legalidad, ya no es el hecho que concede dicha característica al acto.

Sobre la discusión de si es posible entablar un recurso de protección en contra del Contralor por el trámite de la toma de razón, como el acto arbitrario y/o ilegal que perturba o amenaza el legítimo ejercicio de los derechos de la ciudadanía, se pronuncia por la afirmativa, señalando sentencias de la Corte Suprema confirmando esta nueva postura.

Por otro lado, en su artículo “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, este autor señala que todo acto administrativo se presume legal por el solo ministerio de la ley, presunción que se reforzaría si el acto pasó por el control de legalidad de la Contraloría. En caso de estimarse que no es así, la misma Administración o los tribunales de justicia pueden dejarlo sin efecto, de acuerdo a normas constitucionales (artículo 38) y legales (artículo 2 Ley 18.575, y artículo 15 Ley N° 19.880). Por lo mismo, se pregunta si toda ilegalidad, por pequeña y formal que sea, debe ser declarada y en consecuencia dejar sin efecto al acto, a lo que responde negativamente “y ello porque la regla no escrita, pero asumida, es que solamente deben tomarse en consideración las gravísimas infracciones legales para que se proceda a declarar la nulidad”³¹⁹. Es decir, existe un margen de ilegalidad tolerada por la doctrina mayoritaria y la ley.

Sobre el recurso de protección, critica el hecho de que la Corte Suprema a través de un auto acordado haya reducido el campo de aplicación del mismo. Si bien la palabra “acto” es amplia e incluiría actos administrativos, la exigencia de un control de admisibilidad del recurso lo ha limitado mucho, por motivos señalados en una jurisprudencia que no es accesible al público en general. Esto ha limitado el control de los actos administrativos por la vía judicial.

³¹⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, artículo publicado en “Revista de Derecho (Valdivia)”, Vol. XXIII, N° 1, Julio 2010”. P., 108.

Sobre la otra forma que hemos revisado para controlar la legalidad de los actos, la nulidad de derecho público, también acusa un retroceso debido a la distinción realizada por la Corte Suprema referida a la acción de nulidad propiamente tal, que sería imprescriptible, y a la acción indemnizatoria, que prescribiría de acuerdo a las normas contenidas en el Código Civil. No obstante, acusa que el Estado no se ve afectado por esta distinción, siendo aplicables las normas de nulidad del Código Civil, como la restitución de los dineros³²⁰. También cita el fallo “Eyzaguirre con Fisco”, en que la Corte distinguió entre acción de nulidad y acción declarativa de derechos, en el que el máximo tribunal establece que la acción de nulidad debe estar expresamente consagrada en la ley, no pudiendo aplicarse entonces la acción contenida en el artículo 7 de la Constitución³²¹. Asimismo, cita el fallo “Camacho Santibáñez con Fisco de Chile”, en el que la Corte señala que sólo son causales para interponer la nulidad de derecho público las contenidas en el inciso primero del artículo 7, que deja fuera aquellos casos en que la ilegalidad cometida atiende al fondo, a una mala aplicación del ordenamiento jurídico, porque la legalidad material está consagrada en el artículo 6 de la Constitución, que no remite al 7 para su sanción, sino a la ley. Así las cosas, las causales de nulidad serían taxativas, lo que se condice con que la nulidad sea una sanción de derecho público. Si además se le agrega el elemento de existir a nivel legal una presunción de legalidad la situación podría ser desastrosa. Ha sido la remisión a la ley que hace el artículo 7 inciso III, lo que ha permitido usar las normas del Código Civil y evitar que la taxatividad de las causales ampare ilegalidades manifiestas.

3.5 Viñuela Hojas

Citando a Bordalí y Ferrada, señala que la tutela cautelar constituye el reverso indispensable y el contrapeso necesario de la presunción de validez de que gozan los actos administrativos³²². A diferencia del optimismo que vimos sobre la apertura de la vía judicial para dejar sin efecto actos administrativos considerados ilegales, este autor no cree que los jueces se hayan empoderado de las nuevas facultades que les han sido otorgadas. Con la dictación de la Ley N° 19.880, a su juicio la situación es aun peor, demandando que

³²⁰ *Ibíd.*, p. 114.

³²¹ *Ibíd.*, p. 115.

³²² VIÑUELA HOJAS, Mauricio. “*La tutela cautelar de derechos ante la Administración: la realidad chilena*”, artículo publicado en “*La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*”, Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay, Coordinadores. Legal Publishing, Abeledo Perrot, Santiago, 2009. P., 1159.

conjuntamente con la revisión y anulación de los actos, se dicten medidas cautelares para proteger los derechos de los ciudadanos. Las garantías constitucionales exigen que no sólo se resarzan los daños ocasionados con los actos administrativos, sino que también la creación de medios que permitan tutelarlos con anterioridad al daño. Es por ello que es necesario otorgar a los jueces la facultad de suspender los efectos del acto impugnado mientras se conoce y resuelve de la reclamación, una vez que haya sido notificada la admisión a trámite de la misma. La protección de los derechos consagrados en la Constitución no puede ser restringida por la existencia de una supuesta presunción de legalidad.

3.6 Eduardo Soto Kloss.

En su artículo “La ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos: ¿Aleluya o Miserere?”, dedica un capítulo completo a las inconstitucionalidades de la Ley N° 19.880. En general, critica que la ley parece olvidar por completo a la Constitución, y que ésta establece los principios de la primacía de la persona humana y la servicialidad del Estado, que es contravenida por numerosas disposiciones de la ley. Dentro de éstas encontramos a la presunción de legalidad. Ninguna norma constitucional habilita al legislador a decretar que todo acto administrativo goce de una presunción de legalidad, cuando ningún acto emanado de autoridad alguna goza de dicho privilegio, ni siquiera la ley (siendo presunción de constitucionalidad en este caso). Esta disposición infringiría los artículos 7 incisos I al III y el 19 N° 2. Este privilegio no sería más que una invención estatista, un resabio monárquico. La única manera de entenderlo sería aplicándola dentro de la Administración, que es su sentido original. Pero ni en este caso se debería permitir la facultad de la Administración de invalidar el acto.

De la misma forma cree que la invalidación es inconstitucional. Nadie tiene la facultad de autotutela, afectando los derechos constitucionales del juez natural (19 N° 3 inc. 4), a la igualdad (19 N° 2), a la propiedad de terceros afectados (19 N° 24), entre otras posibles violaciones. Esta sería la mayor de las inconstitucionalidades de la Ley N° 19.880, contraria a toda jurisprudencia y que no se pronuncia siquiera sobre la situación de los terceros de buena fe que se vieron beneficiados por el acto que después es invalidado.

En su otro artículo, “Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de las monarquías absolutas”, se expone dentro de las

inconstitucionalidades que presenta la consagración legal de la presunción de legalidad. En primer término, señala que no resulta concebible que un acto administrativo, como es un dictamen de la Contraloría, cree un privilegio tan grande que debiera ser materia de una reserva legal, sino que además se lo imponga a personas fuera de la Administración. Ella misma se creó un beneficio gigante que no tiene contrapeso a favor de los administrados (lenguaje que también es criticado por estatista). Asimismo, critica que aun una vez tomados de razón la administración pueda desconocer sus propios actos mediante la aplicación de la facultad de invalidarlos, en vez de respetar la presunción de legalidad que ella misma ha creado. Para demostrar esta incoherencia, cita dos fallos de la Corte Suprema (de 1990 y 1994) en que se falla que los actos son obligatorios para la Administración también, y sólo pueden ser dejados sin efecto por un juez, no por la misma administración.

La “regla de oro del derecho público chileno” señala que todo acto que contravenga la Constitución es nulo/inexistente. No puede presumirse la legalidad de un acto sólo por provenir de un órgano público: la legalidad viene dada por el respeto de las normas de fondo y forma que se le imponen. La existencia del gigantesco privilegio que representa la presunción de legalidad, contraviene el derecho a la igualdad pues existiría una persona muy privilegiada, que es la Administración. Ni siquiera una ley puede crear una desigualdad que la Constitución expresamente proscriba. También la invalidación es inconstitucional, pues no puede dejarse sin efecto algo que nunca ha existido por violar los preceptos constitucionales.

Finalmente, señala que sólo podría aceptarse una presunción de legalidad en aquellos actos en que efectivamente intervenga la Contraloría mediante la toma de razón, jamás a actos exentos, y sólo en la medida en que sea para evitar la representación de los trabajadores subordinados de la misma Administración.

3.7 Beatriz Riveros de Gatica.

Siguiendo a Soto Kloss, critica que la Ley N° 19.880 establezca como regla general la presunción de legalidad contraviniendo las normas constitucionales. Siguiendo su esquema, las enumeraremos:

1. El deber del Estado es proteger, respetar y promover el ejercicio de los derechos de las personas, no del mismo Estado, como lo hace con la presunción de legalidad.

2. El artículo 6 obliga a todos los actos de la Administración a adecuarse a sus normas. El artículo 7 señala que en caso de contravención de las mismas, la sanción es la nulidad, que se produce en el mismo momento en que se violó la norma, es decir, en la creación del acto.
3. Ninguna norma establece una presunción de legalidad o juridicidad. Ni siquiera se contempla una que presuma la constitucionalidad de la ley.
4. La Constitución no permite al legislador crear un privilegio como éste, y los legisladores no pueden hacer nada que no esté expresamente permitido.
5. Si no se cumplen los requisitos de forma y fondo, el acto administrativo no existe como tal, sino como una vía de hecho, por lo que no es necesaria la presunción de legalidad.
6. La sanción que establece el artículo 7 en caso de contravenir las disposiciones constitucionales, es la inexistencia y no la nulidad. En caso de inexistencia, no es posible invalidar, convalidar, sanear, o prescribir. Una ley simple no puede dar existencia a algo que la Constitución negó.
7. La misma Constitución señala que los actos son válidos por adecuarse a ella, no por emanar de una autoridad.
8. La presunción de legalidad implica aceptar que la Administración no se equivoca, concepción absolutista, y contraría el artículo 19 N° 2.

Esta autora estima que la presunción de legalidad es inconstitucional y así debería declararse, y señala las nefastas consecuencias que esta presunción trae para nosotros:

1. Si sólo un tribunal puede dejar sin efecto un acto administrativo cuando una persona lo solicite, es una contradicción que la administración tenga dicha facultad sin concurrir a tribunales.
2. La presunción de legalidad ampara la exigibilidad del acto, aun cuando este sea abiertamente ilegal o incluso inconstitucional.
3. La presunción es contra persona y radica en ella la carga de la prueba, con todos los costos que esto conlleva. Además, la presunción no opera a favor de la persona, por la posibilidad de invalidar el acto que tiene la Administración.
4. Afortunadamente, los tribunales aun pueden defender los derechos de las personas mediante la nulidad de derecho público, el recurso de protección e incluso pedir que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la ley.

3.8 Jaime Jara Schnettler.

Al hablar de la facultad de invalidación, señala un nuevo planteamiento de la validez del acto administrativo. La administración no debe invalidar un acto por contener alguna ilegalidad, sino que debe invalidarlo cuando esa ilegalidad impida que el acto alcance un fin que el Derecho considere digno de protección³²³. Esta finalidad es interesante, por cuanto conjuga principios como la confianza o la seguridad jurídica para determinar los casos en que la Administración debe hacer uso de dicha facultad. Este es uno de los beneficios que vimos respecto a nuestra ley de procedimientos administrativos: el no tener causales taxativas le permite ver caso a caso los daños que los vicios de la ilegalidad y/o la invalidación del acto puedan causar, optando por la solución que menos perjuicios traiga consigo. Señala que por esto es posible encontrar actos ilegales pero válidos, atendido a que sólo un juez o la misma administración puede declarar lo contrario, y debe conservarlo siempre que ello sea posible. Esta solución mantiene vigente el antiguo principio de la presunción de legalidad, pero también lo revitaliza al dar contenido a la afirmación de que la ilegalidad de un acto sólo constituirá una mera y potencial causa de invalidez el mismo³²⁴.

3.9 Gabriel Bocksang Hola³²⁵.

Este autor señala que la presunción de legalidad no puede ser utilizada como criterio de repartición de carga de la prueba, ni en beneficio ni en perjuicio de ninguna de las partes de un procedimiento, pues la constatación de la realidad no es aún cierta, sino que indeterminada. Siempre hay duda sobre la validez o la invalidez de un acto. En tal sentido, la presunción tendría el efecto paradójico de no distribuir la carga de la prueba. La presunción de legalidad no tiene ninguna relación con la carga de la prueba. Tampoco la presunción, añade este autor, tiene que ver con la eficacia. Esta emana de la imperatividad y de la ejecutoriedad.

³²³ JARA SCHNETTLER, Jaime. “La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia”. Editorial Libromar, 2004. P. 128.

³²⁴ *Ibíd.*, p. 129.

³²⁵ La carga de la prueba de la nulidad de un acto administrativo; en Arancibia, Martínez, Romero, Litigación Pública, Editorial Abeledo Perrot, 2011, p. 217-246.

3.10 Recapitulación

Esta etapa presenta tendencias bastante claras. La primera que mencionaremos es que los tribunales ordinarios no son considerados como los grandes protectores de los ciudadanos que se esperó que fueran con la nueva competencia que se le otorgó mediante la reforma constitucional. Los principales recursos que habían sido usados, la acción de protección y la nulidad de derecho público, han sido limitados de distintas formas por parte del Poder Judicial. En el caso de la acción de protección el control de admisibilidad previo ha dejado muchas causas sin conocer el fondo, pero no se ha permitido al público en general conocer cuáles son los criterios que usa la Corte de Apelaciones para dejar fuera algunas causas y otras no. Por el lado de la acción de nulidad de derecho público ha sido materia de tantas distinciones y especificaciones en sus causales, que no ha sido usada en la extensión que algunos profesores le han dado. Otra crítica dice relación con que la Corte Suprema no ha sido capaz de tomarse en serio su rol y ser el contrapeso efectivo a los beneficios que tiene la Administración, actuando más para corregir y reparar los daños causados en vez de actuar para prevenirlos.

En segundo término, vemos que Soto Kloss y Aróstica siguen condicionando la presunción de legalidad a la toma de razón, a pesar de la existencia de una ley que señala que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y que la toma de razón, que es cada vez menos utilizada, sólo vendría a reforzar la misma, pero ya no a originarla. Y aquí se refuerza la distinción realizada en la época anterior: que la presunción ya no es de legalidad, sino de eficacia u obligatoriedad del acto, idea que más autores acogen³²⁶.

El mayor problema que se plantea en esta etapa es cómo la ley de bases de procedimiento administrativo contraría incluso a la Constitución en muchos aspectos, según Soto Kloss y Riveros. En relación a nuestro tema de estudio, debemos mencionar de modo general dos problemas principales de inconstitucionalidad mencionados por estos dos autores. En primer término, se infringe el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2. Según ellos, esta se configuraría porque se crea un beneficio exorbitante a favor del Estado, que además se ve reforzado con la facultad de invalidación, que no tiene contrapeso o compensación para los ciudadanos. Así, se crea a una persona privilegiada, aunque sea una persona de derecho público, que es el Estado. La segunda vulneración de la Constitución que estos autores estiman

³²⁶ En este sentido, CORDERO VEGA, Luis. “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”, p. 12.

que la presunción de legalidad crea, estaría dada por el hecho de otorgar protección de rango legal a actos que pueden adolecer de ilegalidades, sin pensar que la norma de mayor jerarquía y fundante de todo el sistema jurídico chileno expresamente ordena que todo acto debe estar sometido a la Constitución y las leyes (artículo 6) y que todo acto que no cumpla con este y otros requisitos formales es nulo (artículo 7).

4. Conclusiones generales

La presunción de legalidad comenzó a estudiarse en Chile como el fundamento de la ejecutoriedad de los actos administrativos. Para explicar la fórmula *solve et repete*, pague y reclame después, señalaron que por emanar del Estado sus actos estaban premunidos de una presunción de legalidad que permitía creer que se estaba realizando de la manera correcta. Los numerosos controles, tanto formales como de fondo, por los que se supone pasa todo acto administrativo venían a confirmar esta presunción de legalidad. En Chile, la Contraloría General de la República pasó a reforzar esta concepción mediante la toma de razón, impidiéndole primero a los funcionarios de la Administración que incumpliesen las órdenes dadas por los superiores jerárquicos, y extendiendo posteriormente esta imposibilidad a las personas fuera de la misma Administración. Y esta fue la segunda vertiente para el estudio de la presunción de legalidad: la toma de razón. Se señaló que era este trámite y ninguna otra la fuente de esta presunción, por significar un control previo de legalidad del acto por un órgano especializado e imparcial. La importancia que se le da a este control es tal que se impide a cualquier otro órgano del Estado realizar un nuevo control de legalidad o incluso cuestionar el que se ha realizado, imposibilidad que se extiende a los tribunales de justicia. A pesar de esta gran extensión y poder que presenta la presunción de legalidad mediante la toma de razón, la mayoría de la doctrina no cuestiona su extensión ni poder.

La segunda etapa, bajo una nueva Carta Fundamental, llevó a los autores a plantearse la presunción de legalidad como un efecto normal de los actos administrativos. Si bien se le sigue ligando a la toma de razón, son varios quienes la mencionan sin hacer referencia alguna a este control de legalidad. Pero lo más destacable de esta etapa es el poderío que tenía la presunción de legalidad empieza a decaer. Se cuestiona mucho más el hecho de que los actos administrativos gocen de este privilegio cuando la toma de razón se ve cada vez más limitada; se critica mucho más la actividad del Estado y el hecho de que sus actos, por erróneos que

puedan ser, tengan tanto poder. Consecuentemente con estas críticas, se elimina la referencia a los tribunales contencioso-administrativos y se le permite a los tribunales ordinarios conocer de reclamaciones contra el Estado realizadas por los particulares. Esto se materializó a través de dos vías: la acción de protección y la nulidad de derecho público.

La tercera y última etapa, hasta ahora, comenzó con las nuevas fuerzas que se le dio a la presunción de legalidad. Con la consagración legal de que todo acto administrativo goza de presunción de legalidad, sin que sea necesaria la toma de razón, se despejan varias dudas y críticas planteadas en la etapa anterior. Sin embargo, esta solución trajo nuevas críticas relacionadas principalmente a la constitucionalidad de esta norma. Otra vía por la que se reforzó a la presunción de legalidad, fue con el debilitamiento de la vía jurisdiccional del control. El mismo Poder Judicial ha puesto trabas a la tramitación de estas acciones que han significado un menoscabo a esta vía para alegar la ilegalidad de los actos administrativos.

No puede hablarse de la presunción de legalidad sin hacer referencia a la toma de razón. En Chile fue la Contraloría General de la República la que inició el estudio de la presunción de legalidad del acto administrativo para los funcionarios de la misma Administración. Fue también la Contraloría la que extendió esta presunción a todos los chilenos. Es la misma Contraloría la que dio fundamento a la existencia de la presunción de legalidad mediante el control realizado en la toma de razón. No obstante, su importancia ha ido decayendo con el tiempo debido a la necesaria modernización del Estado. El mayor volumen de actos administrativos que deben ser controlados imposibilita que la Contraloría pueda hacerse cargo de esta enorme tarea. Comienzan los llamados controles de reemplazo a cargo de los mismos órganos de la Administración y se reserva la toma de razón para actos de Jefes de Servicios y decretos supremos, aunque reservando la posibilidad de que ni estos actos pasen por su control. Sin control, ¿se justifica mantener la presunción de legalidad? La ley de bases del procedimiento administrativo le dio un nuevo sustento legal y confirmó que la toma de razón sólo reforzaba la existencia de la misma, solución que vimos ha sido muy cuestionada.

Una evolución similar ha sufrido la actividad del Estado. Empezamos con una aceptación plena de su actuación, entendiéndose perfectamente que sus actos se presuman legales. El bien común por el que el Estado debe velar lo justifica. Sin embargo, los hechos acaecidos en nuestro país condujeron a un inevitable cuestionamiento de los actos que realiza el Estado y su control. Se reconoce que no siempre el Estado actuará buscando lo mejor para todos y

comienza a exigirse mayor control y garantías para los ciudadanos, lo que necesariamente pone en entredicho a la presunción de legalidad. La nueva Constitución responde a esta concepción y establece medios para que los particulares puedan dejar sin efecto actos del Estado que se estimen ilegales. La ley de bases de procedimiento administrativo dio nuevo material a los detractores de la presunción de legalidad, quienes no dudaron en tildar de inconstitucionales varias de sus disposiciones, incluyendo la presunción de legalidad y la facultad de la Administración de invalidar sus actos cuando los estimen ilegales. La nulidad de derecho público ha jugado aquí un importante rol. A pesar de que varios autores ubican sus orígenes en la Constitución de 1833, ha sido sólo en la última etapa reseñada donde se ha utilizado como la razón definitiva para considerar inconstitucional a la presunción de legalidad, a pesar de haber coexistido pacíficamente durante varias décadas. Si sólo son válidos los actos que la Administración realice dentro de los marcos legales, no puede aceptarse que una ley diga que se presume que todos lo son, impidiendo que actúe la sanción que la Constitución tiene prevista: la inexistencia/nulidad.

Finalmente, es nuestro deber dejar planteados los problemas que el estudio de la presunción de legalidad presenta a los tratadistas chilenos en la actualidad.

El primero, y quizá el más grave, son las críticas que se han realizado respecto a la inconstitucionalidad de la ley de bases del procedimiento administrativo y de la presunción de legalidad en particular, siendo Soto Kloss el principal exponente de esta postura.

- a) Presunción de legalidad. Como vimos, Soto Kloss lo considera un resabio de las monarquías absolutas, donde se consideraba que el rey no se equivoca. Entre los varios problemas que este autor plantea respecto a esta institución, tenemos:
 - i) aceptando que en la actualidad los controles de legalidad de los actos son cada vez menores, no acepta la posibilidad de que por el sólo hecho de emanar de un órgano público sus actos se presuman legales. Dicho beneficio debiese ser concedido sólo a aquellos actos que efectivamente pasaron por la toma de razón, con efectos limitados.
 - ii) Se contraría el derecho constitucionalmente asegurado a la igualdad. Se crea una persona privilegiada: el Estado.

- iii) En un principio, criticaba que la presunción de legalidad hubiese nacido de un acto administrativo y no de una ley, tal y como es un dictamen. Ahora que hay una ley que da un sustento más formal a la presunción, critica la inconstitucionalidad de esta ley por los motivos que hemos señalado con anterioridad.

- b) La convalidación y/o saneamiento de los actos administrativos son manifestaciones concretas del principio de conservación de los actos. Aun cuando existan actos con infracciones formales o ilegalidades menores, éstas no son suficientes para decretar que el acto quede sin efecto, aunque estas irregularidades deben ser saneadas. La presunción de legalidad cumple una función similar: evitar que ilegalidades menores puedan dar pie al incumplimiento de órdenes por parte de funcionarios o de ciudadanos. Todo esto habla de un margen de ilegalidad tolerado, en los términos de Jorge Bermúdez que, según Soto Kloss, entra en franca contradicción con los artículos 6 y 7 de la Constitución que señalan que todo acto contrario a la Constitución y las leyes es nulo. Aunque la Constitución es bastante clara en este y otros aspectos, aplicar esta sanción a cada acto por cada ilegalidad, por pequeña que sea, traería consecuencias prácticas muy indeseables. ¿Cómo sabrían las personas si un acto cumplió con todos los trámites legales si no participó en ellos? ¿Cómo podría saberse si se debe o no cumplir una orden de la Administración sabiendo que puede caer abajo en cualquier momento? Y eso nos lleva a un problema ya clásico de la nulidad, ¿es necesaria la declaración previa de un tribunal u opera ipso iure? A pesar de la seguridad con que Soto Kloss y Riveros señalan que opera de pleno derecho, ¿cómo sabrían las personas si un acto nació o no? Como vemos, son muchos los problemas que se crearían a partir de esta interrogante.

- c) Finalmente, una de las mayores críticas que Soto Kloss ha dedicado a la ley de bases del procedimiento administrativo, es la invalidación. Como vimos, este autor no esconde el desprecio que tiene por la presunción de legalidad. Pero esto llega a un nuevo nivel cuando habla de la facultad de la Administración de dejar ella misma sin efecto sus actos por detectar ilegalidades en ellos. ¿Por qué sólo una de las partes tiene la facultad de dejar sin efecto el acto? ¿Qué pasa con los derechos adquiridos por los terceros de buena fe? ¿Qué pasa si se cumplió la orden dada y no es posible

dejarlo sin efecto sin graves perjuicios? Esta crítica contrasta con lo señalado por Madariaga muchos años antes, relativo a que una vez descubierta una ilegalidad por parte de la Administración, ésta tiene el deber de corregir el error y restablecer el imperio del derecho. Aceptar esta crítica también puede traer problemas complejos: detectando un problema en un acto administrativo que no ha sido cumplido aun y conociendo los tiempos de los procesos judiciales, ¿sería necesario que se iniciara un procedimiento para dejar sin efecto el acto que ya se sabe es ilegal? Esta solución contraría los principios de la actividad del Estado de la eficacia y la eficiencia, pues implicaría usar mucho tiempo y recursos para obtener un resultado conocido de antemano. ¿Qué solución combina de mejor manera todos los intereses en juego? En las Conclusiones intentaremos dar respuesta a estas interrogantes.

- d) Como una nueva manera de entender la presunción de legalidad hay autores que distinguen entre eficacia y legalidad. La presunción de legalidad en verdad no sería tal sino un atributo de eficacia. Todo acto administrativo debe ser cumplido y reclamado con posterioridad no porque se presume que ha sido dictado conforme a las normas legales, sino porque emana de una autoridad pública. Sin que exista un control de legalidad previo por parte de la Contraloría, ya no se justifica presumir que todo acto emanado de la Administración cumpla con las normas legales dictadas para estos casos. Si bien esta nueva concepción podría resolver varios de los problemas, no deja de plantear otros nuevos. ¿Podemos aceptar que por sólo emanar de la autoridad los actos públicos sean obligatorios? ¿Qué garantía tendríamos como ciudadanos para evitar abusos e ilegalidades? Y aun más importante, ante un eventual reclamo, ¿sigue recayendo la carga de la prueba en los ciudadanos? Sin un control de legalidad previo, ¿sigue siendo excepcional la revisión de los actos que los tribunales puedan hacer?
- e) Muy relacionado a lo anterior, tenemos que revisar las vías de control de los actos administrativos. En la actualidad se mencionan dos medios para controlar los actos: la vía administrativa y la vía judicial. Sobre esta última se ha centrado la atención y las discusiones. La gran importancia del control judicial radica en que sólo los tribunales pueden resguardar apropiadamente los derechos de los ciudadanos por no ser parte interesada en mantener los privilegios de la Administración. Sólo ellos tienen la imparcialidad necesaria para determinar con justicia cuando una actuación

es legal y cuando no. ¿Ha respondido la Corte Suprema al desafío planteado? ¿Ha sabido responder a las necesidades de la sociedad? ¿Son adecuadas las vías que hasta ahora se han usado para dejar sin efecto un acto? ¿Es necesario crear un nuevo recurso judicial para plantear las ilegalidades que se estima presenta un acto administrativo?

En el próximo capítulo estudiaremos las resoluciones de nuestros tribunales, judiciales y administrativos, para ver si estos problemas han sido resueltos y como abordan en cada caso las problemáticas propias del tema en cuestión.

CAPÍTULO V:
**“LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA”**

En los Capítulos anteriores examinamos lo que la legislación de distintos países consagra sobre la presunción de legalidad. También lo que la doctrina extranjera y nacional han señalado en la materia. De ahí que no podemos dejar de realizar una revisión de las principales opiniones y posturas tomadas por los tribunales judiciales, ordinarios o especiales, y administrativos existentes en nuestro país, han señalado sobre ella. Estudiaremos separadamente las opiniones vertidas por el Tribunal Constitucional, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, y finalmente las de la Contraloría General de la República, para concluir con un apartado común a las tres.

1. Ante el Tribunal Constitucional

Los fallos del Tribunal Constitucional relacionados a la presunción de legalidad tienen la particularidad de ser bastante escasos, pero gozar de una enorme importancia. Si bien la Constitución de 1980 dejó en manos de la Contraloría General de la República el control ordinario de los actos administrativos, no tuvo entre sus intenciones el deseo de privar de competencia en la materia al Tribunal Constitucional, cuya opinión incluso primaría sobre el control de constitucionalidad que la Contraloría hubiese realizado. En efecto, el artículo 82 N° 5 de entonces, señalaba entre las funciones de este tribunal el de “resolver los reclamos en caso de que el presidente de la República (...) o dicte un decreto inconstitucional”, y el N° 6 del mismo artículo le otorga competencia para resolver la constitucionalidad de un decreto que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional. La sentencia rol 116 de 1990 es muy enfática al definir su rol frente al control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Presidente de la República, realizando una interpretación armónica de los artículos constitucionales y citando las actas de las discusiones sobre la materia de la Comisión redactora del Proyecto de Constitución. Especialmente decisiva es la opinión de Bertelsen en la sesión 319, que señala que la Contraloría “fiscaliza, pero, en definitiva, no controla. Quien vaya a controlar tendrá que ser la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional”, radicándose en éstos dicha labor finalmente.

De la opinión vertida por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de las facultades concedidas por este artículo de la Carta Fundamental, debemos citar dos sentencias. En primer término, debemos mencionar la sentencia rol 116 del año 1990, que ya hemos mencionado. En ella el Tribunal establece en su considerando tercero que el control de la legalidad realizado por la Contraloría implica una *simple* presunción de legalidad y constitucionalidad del acto, pudiendo ser revisada por otros órganos con posterioridad, entre los que se encuentran los tribunales ordinarios de justicia y el mismo Tribunal Constitucional. Que la Contraloría hubiese tomado de razón un acto, dotándolo de la presunción de legalidad y constitucionalidad, no impide al Tribunal tomar conocimiento ante eventuales inconstitucionalidades que hubiesen sido omitidas en el control realizado anteriormente, pues, como señalamos, el Tribunal reconoce la primacía de su control por sobre la fiscalización de la Contraloría (considerandos cuarto a sexto). Como señala la sentencia rol 1.849 del año 2011, es esta sentencia la que definió a la presunción de legalidad para efecto de sus competencias, debiendo ajustarse todo análisis posterior a ella.

La segunda sentencia que debemos citar es la rol 309 del año 2000, en la que se solicita se declare la inconstitucionalidad no de un decreto, sino de un tratado internacional ratificado por Chile, el Convenio N° 169 de la OIT, competencia otorgada por el artículo 82 N° 2 de la Constitución. Para resolver la cuestión, el Tribunal Constitucional recurre a dos principios de hermenéutica jurídica, siendo el primero de ellos el denominado “presunción de constitucionalidad” por unos, o “presunción de legitimidad” por otros. Dejando de lado el asunto de la denominación, el Tribunal señala que *“lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado”*. Asimismo, señala que entre sus muchos fundamentos cabe señalar dos para este caso: *“la separación de poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí”* (considerando segundo). A pesar de que en este caso el Tribunal se refería a las leyes y su posible inconstitucionalidad, la verdad es que tanto su redacción como sus fundamentos hacen perfectamente aplicable esta postura a la presunción de legalidad de los actos administrativos, que no son más que instrumentos dictados por el Poder Ejecutivo que deben ser respetados por otras Autoridades, sean de otros órganos de la Administración del Estado o de otros Poderes del Estado, como los jueces.

Además de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 en el año 2003, al estudiar las sentencias del Tribunal Constitucional debemos tener en consideración otro importante cambio en sus competencias. Con la gran reforma constitucional de 2005, se lo otorgó a este Tribunal un nuevo rol al concentrar en él todo debate sobre la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico. El nuevo artículo 93 agrega cuatro numerales a las funciones que el Tribunal Constitucional concentra y modifica las ya existentes. Dentro de las sentencias que pasaremos a revisar, son varios los numerales invocados para pronunciarse sobre la presunción de legalidad, siendo el nuevo N° 16 el que presenta mayores novedades para nuestro estudio. El artículo 93 señala “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: N° 16: Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”. Como vemos, el pronunciamiento sobre los decretos ahora cuenta con causal autónoma y se señala expresamente que será el Tribunal Constitucional el que resolverá sobre *cualquier* vicio de constitucionalidad que los decretos puedan presentar.

Dentro de esta nueva etapa debemos mencionar, en primer lugar, la sentencia rol N° 1.345 del año 2009, en que el Tribunal invoca la causal N° 7 del artículo 93 para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable con anterioridad por este mismo Tribunal, reemplazando a la Corte Suprema en el pronunciamiento de esta declaración previa. El artículo 171 inciso primero del Código Sanitario, derogado como consecuencia de esta sentencia, establecía como requisito para el reclamo jurisdiccional del proceso sancionatorio realizado por la autoridad, el pago previo de la totalidad de la multa impuesta. Tanto el Instituto de Salud Pública como el Consejo de Defensa del Estado señalan que este precepto no sería inconstitucional, entre otras consideraciones, por la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, en virtud del artículo 3 de la Ley N° 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo. En su considerando décimo cuarto, el Tribunal señala que “*desde luego, debe darse por establecido que el supuesto de este argumento, cual es la presunción de legalidad de los actos de la administración, recogido expresamente en una norma legal, resulta concordante con fines constitucionales*”, refiriéndose a proteger la salud, el sometimiento de la actividad de todos al derecho, la eficacia de la actividad estatal y particularmente de la administración (considerando décimo tercero). Del mismo modo, y también en el considerando 14°, el Tribunal realiza una afirmación que demuestra su postura

frente al rol e importancia de la presunción de legalidad: *“La vigencia misma de un Estado de Derecho se haría francamente dificultosa si no se partiera de este supuesto y los actos de la administración no tuvieran valor hasta tanto no fueran impugnados y validados en sede judicial o por la vía de otros mecanismos de control”*. Y finalmente, el Tribunal se pronuncia sobre la necesidad de controlar las decisiones tomadas por el Estado, reforzando la postura tomada respecto a que este Tribunal tiene la última palabra, cuando cita el considerando décimo de la sentencia rol N° 1.173, *“tal presunción debe resultar congruente con el control en el ejercicio de las potestades de los órganos del Estado que pretende asegurar que los derechos fundamentales sean efectivamente respetados y promovidos, como se desprende del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, sobre todo, porque, hoy por hoy, dichos derechos no sólo representan facultades subjetivas de su titular, sino que son elementos fundantes y estructuradores de todo el ordenamiento jurídico positivo”*. Esta última mención nos dice que la presunción de legalidad en ningún caso puede vulnerar o menoscabar los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, y la importancia de que existan medios de control para asegurarnos de que así sea.

Sin contar con la importancia de las sentencias ya reseñadas pero de todas maneras relacionado a nuestro tema de estudio, debemos mencionar el voto de minoría del Ministro Mario Fernández Baeza en la sentencia rol N° 1.377 del año 2009, relativo al control de constitucionalidad del proyecto de ley modificatorio del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, facultad otorgada al Tribunal Constitucional en el N° 1 del artículo 93 de la Constitución. En su voto de minoría, este Ministro estuvo por declarar la inconstitucionalidad de algunas de las normas de este proyecto, pero previniendo que *“esta disidencia, no altera en ningún sentido la debida deferencia entre los poderes públicos involucrados ni la presunción de legalidad que acompaña a las normas despachadas por los órganos colegisladores, sino más bien contribuye a la debida pulcritud de trato jurídico que toda eventual infracción a la Carta Fundamental amerita”*. Esta afirmación representa la importancia que concede este Ministro a la correcta formación de toda norma jurídica, cumpliendo con todos aquellos requisitos que impone el procedimiento creador. La importancia de contar con estas garantías en cuanto a la formación de las normas del ordenamiento jurídico cobra especial relevancia en cuanto a aquellas normas que violan garantías consagradas expresamente en la Constitución Política de la República, como la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones. Asimismo, no está de más señalar que al

hacer referencia a los órganos colegisladores, este Ministro señala que tanto los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, como las leyes gozarían de una presunción de constitucionalidad, que permite ejecutarlas de la misma manera.

Finalmente, pero sin duda es la sentencia más relevante para el estudio de nuestro tema, debemos comentar la sentencia rol N° 1.849 del año 2011, relativo a la televisión digital. Este fallo es relevante no sólo por ser el último pronunciamiento del Tribunal en la materia, sino que también por contar con muchos enfoques distintos para analizar. La causal invocada para someter a conocimiento del Tribunal este requerimiento, es la N° 16, que ya hemos citado y comentado. En primer término, debemos mencionar la conclusión del Contralor General de la República en el sentido de que en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos, y como el mismo Tribunal Constitucional ha señalado en otras sentencias, los vicios de legalidad que presente el acto no son impugnables ante este Tribunal, siendo de esta clase los vicios que los diputados señalan en su requerimiento. Por su parte, el Presidente de la República comparte esta interpretación, señalando que el Tribunal Constitucional comparte esta interpretación puesto que el artículo 111 inciso segundo N° 3 de su Ley Orgánica Constitucional, señala entre sus competencias el conocer de vicios de constitucionalidad y no de legalidad.

El Tribunal, al resolver este caso, retrocede respecto de lo que había sido su tesis en la sentencia rol 116 del año 1990, pues aquí considera que la presunción de legalidad del artículo 3° de la Ley N° 19.880 (C. 22) y el hecho que hubiera sido objeto de toma de razón, generando una presunción de legalidad, hacen que el Tribunal infiera razonablemente que el decreto impugnado no vulnera la Constitución (C. 12).

No obstante, el Tribunal se otorga cierta competencia cautelar de daños cuando en su considerando cuarto señala *“que los decretos supremos, en cuanto formalizan actos administrativos de voluntad que deciden para el futuro, pueden ser examinados por esta Magistratura aun respecto a las amenazas ciertas e inminentes que su aplicación exacta pudiere ocasionar para los derechos de las personas o el orden institucional”*. Esta atribución es muy importante, pues vimos que existe cierta aprensión de parte de la doctrina por las pocas opciones que entrega el ordenamiento jurídico para reclamar en contra de un acto administrativo que, sin haber causado daños aun, puede hacerlo a futuro. Mauricio Viñuela ejemplificó perfectamente esta postura al hablar sobre la necesaria tutela cautelar para

resguardar los derechos de las personas. Sin embargo, esta posibilidad puede verse limitada por lo señalado en el considerando vigésimo segundo, que señala que no es posible suponer de antemano que la potestad reglamentaria será ejercida en contra de la legislación vigente, sin que sea posible además olvidar la existencia de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Entonces, debemos entender que la competencia del Tribunal Constitucional no puede ser ejercida antes de la dictación de los correspondientes decretos, pero sí antes de que estos surtan efectos, con el fin de cautelar posibles daños que el mismo decreto pueda causar.

El voto de minoría de los Ministros Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, que estuvo por acoger el requerimiento, presenta mayores aspectos dignos de resaltar que el voto mayoritario para efectos de nuestro estudio. En primer lugar, señala que el voto de mayoría tiene una particular forma de entender la presunción de legalidad del acto administrativo, cambiando la interpretación establecida por el Tribunal Constitucional desde el año 1990, que ya tuvimos ocasión de reseñar. En particular, estos Ministros señalan que el pronunciamiento sobre si los vicios invocados son de legalidad o constitucionalidad, corresponde al fondo del asunto y no pueden ser descartados a priori por el Tribunal. Y aun realizada esta distinción, existirían supuestos en que el Tribunal Constitucional podría entrar a conocer de vicios de legalidad de los actos administrativos. Enfatiza que el N° 16 del artículo 93 de la Carta Fundamental otorga competencia al tribunal para conocer de cualquier vicio que sea invocado. Asimismo, y especialmente relevante para nuestro tema, el voto minoritario señala “*que estos disidentes valoran que el Tribunal tenga unanimidad en considerar que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, pues no discrepamos de la mayoría en eso. Ninguno de los Ministros de este alto Tribunal sostiene, entonces, que dicha presunción sea un resabio absolutista y una prerrogativa que afecta la igualdad ante la ley*”. Esta manifestación constituye una respuesta directa a los cuestionamientos de constitucionalidad que parte de la doctrina había realizado a la consagración legal de la presunción de legalidad, dándole un importante respaldo a la constitucionalidad de esta norma.

2. Ante los tribunales ordinarios

Desde la eliminación de la referencia a los tribunales contencioso-administrativos en la Constitución en 1989, se ha esperado que los tribunales ordinarios estén a la altura de la tarea

encomendada. Evitar posibles abusos, defender los derechos de la ciudadanía y ejercer un control efectivo de la actividad administrativa son sus deberes. Sin embargo, vimos que la mayoría de la doctrina estima que el Poder Judicial no ha cumplido adecuadamente este rol. Debemos compartir esta opinión. No son muchas las sentencias emitidas por Cortes de Apelaciones o por la Corte Suprema que sean realmente innovadoras en nuestro estudio o que ayuden a solucionar alguno de los problemas planteados. En la mayoría de los casos las sentencias se limitan a repetir el artículo 3 de la Ley N° 19.880 sin realizar mayor análisis, o se limitan a enunciar la presunción de legalidad como uno de los argumentos esgrimido por alguno de los litigantes, sin siquiera hacerse cargo de ellos en los considerandos. A continuación pasaremos a realizar un análisis de las principales sentencias en la materia.

2.1 Cortes de Apelaciones

Antes de la Ley N° 19.880, la Corte de Apelaciones de Santiago coincidía con la casi unanimidad de la doctrina que señalaba que la toma de razón era el acto que generaba la presunción de legalidad. Bastante ilustrativa es el considerando octavo de la sentencia de causa 3.139 del año 2000, cuando dice: *“Que la circunstancia que la Contraloría General de la República hubiese tomado razón del Decreto de concesiones de que se trata, constituye una presunción de legalidad del indicado acto administrativo, máxime si, como ha quedado dicho, tal acto fue precedido de una negativa del aludido organismo a que se abstuviera de tramitar ese Decreto, y de un posterior requerimiento de la recurrente para que se dejara sin efecto el dictamen conforme al cual dio curso al mencionado decreto”*. La Corte tampoco discute en su siguiente considerando que en virtud de esta presunción, es carga del demandante probar la ilegalidad del acto considerado ilegítimo en su reclamo.

Bajo la vigencia de la ley de bases del procedimiento administrativo, uno de los problemas que las Cortes de Apelaciones han enfrentado y resuelto, es la definición misma de acto administrativo. A pesar de que el artículo 3 de la Ley N° 19.880 realiza una definición al respecto, cuando señala en su inciso segundo que estos son *“las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”*, son algunos de estos elementos los que han sido analizados. La Corte de Apelaciones de Arica debió pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los actos emanados de la Empresa Portuaria de Arica en la causa rol 635 del año 2005, que en su calidad de empresa del Estado se encontraría dentro de la

enumeración de los órganos de la Administración del Estado según el artículo 1 de la ley 18.575, siendo entonces aplicable la definición de acto administrativo a sus actos y gozando éstos en consecuencia de presunción de legalidad. En su considerando 13º, la Corte usa otro de los elementos de la definición para decidir que estos actos no son actos administrativos, puesto *“que este acto no tiene por objeto decidir o emitir juicios, no teniendo la naturaleza de decretos supremos, resoluciones, dictámenes o declaraciones de juicio”*. La misma disyuntiva se presentó en la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa rol 9.799 del año 2008. En esta, el tribunal señaló en su considerando séptimo que *“sólo existe acto administrativo cuando se toma una decisión final y no como aparecen en este proceso de licitación, en el cual se deben dictar actos administrativos separados y sucesivos, tales como aprobar las bases administrativas, analizar las ofertas, para finalmente proceder a la adjudicación”*. La Corte de Apelaciones de Antofagasta también se pronunció analizando los elementos que forman parte de la definición de acto administrativo en la causa rol 624 del año 2009, respecto a la Comisión Nacional de Desminado y sus competencias. Al reconocer tácitamente la existencia de una obligación del Fisco mediante la elaboración de un listado de afectados por parte de esta entidad, se generaría la interrupción de la prescripción ya que este organismo habría actuado dentro de sus competencias, entre las que se cuentan *“La necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por el Estado de Chile, al ratificar la Convención, lo cual es ratificado por su artículo 1º que expresa que su finalidad es “ser coordinador interministerial de las acciones tendientes a dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción”* (considerando décimo). En consecuencia, dicho listado es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad. Como vemos, se ha entendido que el acto administrativo debe reunir todos los elementos señalados en la definición del artículo 3 de la Ley N° 19.880 para considerar que goza de este importante beneficio. Con estas precisiones el universo de resoluciones administrativas que gozan de presunción de legalidad se reduce, porque no todo acto emitido por un órgano del Estado reúne los elementos de ser una decisión final dentro del ejercicio de sus potestades públicas.

Otro aspecto que las Cortes de Apelaciones han enfatizado bastante es la obligatoriedad de los actos administrativos hasta la declaración de su nulidad, mediante la interposición de la acción correspondiente, porque todo acto administrativo goza de presunción de legalidad. La Corte de Apelaciones de San Miguel lo señaló diciendo que *“(…) ha de reputarse válido tal acto, mientras una sentencia ejecutoriada no haya declarado su nulidad en el proceso*

correspondiente. Debe considerarse, además, que los actos de la administración se hallan amparados por una presunción de validez, hasta que fuere acogida, en virtud de recurso legal, su impugnación. (art. 38 de la Constitución Política del Estado y art. 9º de la Ley 18.575)” (Sentencia rol 333 del año 2003, considerando décimo). En el mismo sentido se pronuncia posteriormente la Corte de Apelaciones de Valparaíso (rol 4.148 de 2004, considerando décimo segundo), y la Corte de Apelaciones de La Serena en la sentencia rol 1.399 del año 2007, cuando señala en su considerando 2º que *“Naturalmente, y cualquiera que sea la tesis que se tenga acerca de si la nulidad de derecho público opera ipso iure o que debe ser declarada, lo cierto es que mientras no exista una sentencia firme que la declare, hay una presunción o, a lo menos, apariencia de validez, y fue sobre esa presunción o apariencia que se dictó sentencia en el aludido proceso contencioso administrativo”*. Debemos recalcar la importancia de estas decisiones, en cuanto a que se ha tomado postura respecto a una clásica discusión sobre la nulidad de derecho público, siendo la presunción de legalidad del acto administrativo la causa de porqué debe existir la declaración de nulidad de un acto, resguardando de este modo la seguridad jurídica.

Muy relacionado a lo anterior, las Cortes de Apelaciones se han pronunciado respecto a las exigencias que debe cumplir todo decreto invalidatorio para poder surtir efectos, precisamente en virtud de la presunción de legalidad de la que goza el acto que se pretende dejar sin efecto. La Corte de Apelaciones de Rancagua señaló que no basta con que la Administración tome conocimiento de irregularidades en actos ya emitidos, sino que los decretos invalidatorios de los mismos deben cumplir los mismos requisitos legales que el acto primitivo cuando dice: *“Que conforme lo ya expresado, la Municipalidad recurrida ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal, puesto que para dejar de pagar la diferencia del incremento previsional en referencia, si se estimaba del caso aplicar la interpretación contenida en dictámenes de la Contraloría General, debió dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley N° 19.880 y 12 de la Ley Orgánica de Municipalidades, dictando el correspondiente decreto en la forma dispuesta por la ley”* (considerando 12 de la sentencia rol 861 del año 2009). En el mismo sentido, pero remarcando la fuerza que tiene la presunción de legalidad, la Corte de Apelaciones de Chillán acogió un recurso de protección teniendo como fundamento *“que, aunque en el citado informe se indica que tal decisión se habría tomado en virtud de un Decreto Alcaldicio, de acuerdo al cual "ya no correspondía el pago del aludido beneficio", tal documento no fue acompañado a los autos, a partir de lo cual corresponde tener por establecido que la recurrida obró en el sentido indicado sin que mediare un acto*

administrativo revestido de las formalidades legales y con arreglo al cual , en ejercicio de sus potestades, haya dejado sin efecto el primero” (causa rol 167 del año 2009). Mientras a la Corte no le conste el cumplimiento de todos los requisitos legales del decreto invalidatorio, no puede dejar de reconocer el valor de la presunción de legalidad del decreto impugnado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, que siempre es citado. En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia rol 1.170 del año 2009, en la que negó validez a un decreto invalidatorio por no haber dado audiencia al interesado (considerando séptimo), de acuerdo a lo establecido en la ley.

En otro orden de ideas, para desvirtuar la presunción de legalidad, las Cortes han señalado que existen dos recursos jurisdiccionales: la acción de nulidad de derecho público y el reclamo de ilegalidad. No hacemos mención a la acción de protección porque lo que esta acción busca es cautelar derechos fundamentales, de lo que se derivaría como consecuencia la declaración de ilegalidad del acto que origina el recurso, sin ser éste el objetivo principal del mismo. Respecto al reclamo de ilegalidad, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha sido muy exigente en cuanto a la precisión del reclamo, porque *“1°.- Que, el denominado reclamo de ilegalidad municipal contemplado en el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contiene dos etapas, una administrativa, previa, ante el mismo Alcalde, y otra judicial, posterior, ante la Corte de Apelaciones respectiva, y es de derecho estricto, de forma que su interposición está sujeta a la observancia de estrictas exigencias formales que se avienen con su naturaleza y fines, como se desprende del literal d) del mismo artículo. 2°.- Que, la precisión que se requiere del reclamo se justifica porque éste implica la revisión extraordinaria de la legalidad de un determinado acto de la administración, siendo dable recordar que esto es excepcional y afecta la presunción de legalidad, impero (sic) y exigibilidad de los actos administrativos, según dispone el artículo 3° de la Ley N° 19.880, presunción de legalidad que altera la carga de la prueba y que, por ende, exige que quien reclama la ilegalidad de un acto administrativo, debe probarla”* (sentencias en causas roles 1.852 y 1.879 de 2009). Respecto a la acción de nulidad de derecho público, la Corte de Apelaciones de Iquique limita su campo de acción a los actos de los órganos de la Administración del Estado que no sean Municipalidades, en los siguientes términos *“3° Que la propia Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contempla un procedimiento especial para tramitar la nulidad de estos actos administrativos, conocido como el contencioso municipal o reclamo de ilegalidad municipal. 4° Que conforme al principio de especificidad de la norma, la acción de nulidad debió ser ejercida en dicha sede y de acuerdo al especial de*

nulidad, no puede ejercerse una suerte de acción general de nulidad emanada de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, pues ello atentaría contra el principio de certeza de los actos administrativos y la presunción de legitimidad de los mismos, debiendo concluirse que la acción general tiene un carácter supletorio” (sentencia rol 73.434 del año 2008). De acuerdo a lo señalado en esta sentencia, no existiría una suerte de acción general en los artículos 6 y 7 de la Constitución, debiendo usarse dicha opción sólo en aquellos casos en que la legislación no haya provisto de medios específicos para hacer frente a las ilegalidades de los actos administrativos. La Corte de Apelaciones de Talca ratifica esta interpretación, señalando en la sentencia rol 16 del año 2010 que los particulares pueden recurrir a la Contraloría General de la República para reclamar sobre irregularidades de actos administrativos y que, en el caso de licitaciones, también pueden acudir al Tribunal de Contratación Pública, razón por la cual se abstiene de pronunciarse en el recurso de protección entablado en esta causa.

Y finalmente, debemos pronunciarnos sobre las sanciones que las Cortes han señalado para el caso de la existencia de vicios en los actos administrativos. Como ya señalamos, las Cortes estiman que siempre debe existir una sentencia que declare la nulidad de los actos administrativos para poder desvirtuar la presunción de legalidad propia de todo acto. Ahora veremos que hay otra razón por la que esta declaración es necesaria: la existencia de un vicio cualquiera no necesariamente acarreará consigo la sanción de la nulidad. En la sentencia rol 3.941 del año 2006 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la Corte hace suyos los argumentos esgrimidos en el informe en derecho del profesor Luis Cordero Vega, quien señala que *“nuestros tribunales se han orientado en el último tiempo a reconocer la vigencia del ‘principio de conservación’ como contrapeso técnico al excesivo rigor de la nulidad de derecho público restringiendo la extrema incidencia invalidante de ciertos vicios o defectos de los actos administrativos”*, citando algunas sentencias en dicho sentido. Continúa diciendo que *“en efecto, se entiende que sólo puede anularse y producir los efectos graves de ello, básicamente la retroactividad, si existe una cierta relación de proporcionalidad entre el vicio, el derecho o interés afectado por el mismo y la sanción, particularmente el efecto que produce aquella retroactividad. Subyacen a este principio de conservación otros claros principios generales del derecho, como la protección a la apariencia jurídica y la confianza legítima que ello genera, así como la buena fe de los terceros, de respecto a los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica”* (considerando 26). Otro importante argumento que se utiliza para explicar porqué no sería aconsejable declarar la nulidad de actos administrativos por cualquier vicio

que se presente, dice relación con la presunción de legalidad. Para explicarlo, la Corte cita la sentencia rol 2.438 del año 2005 de la Corte de Apelaciones de Temuco que dice *“los actos administrativos se presumen válidos en lo que administrativamente se conoce como principio Favor Acti. Así los actos administrativos, aún siendo nulos, pasan a ser válidos mientras esa nulidad no sea declarada administrativa o judicialmente. Dicha presunción emana de que el acto tiene su origen en una autoridad pública y, por ende, no puede partirse del supuesto de la mala fe de su actuación. La autoridad tiene como mandato no infringir el ordenamiento jurídico. De ahí que el control judicial se haga sobre la base de la deferencia hacia la decisión que contiene el acto, es decir, parte de la base que la autoridad que lo dictó respetó el ordenamiento jurídico. Por ello es que el artículo 3° inciso final de la ley N° 19.880 señala que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia. Consecuencia de ello es que la administración no necesita probar la legitimidad de sus actos. Se trata de una presunción juris tantum, con arreglo a la cual los actos administrativos han de tenerse por ajustados a Derecho, hasta tanto su invalidez no sea declarada formalmente por otro acto posterior o por una sentencia judicial. Corresponderá a quien alegue que el acto no se conforma derecho, demostrarlo”*. En esta causa, se solicitaba se declarara la nulidad del saneamiento de los títulos de un inmueble por estar mal señalada su extensión, petición que fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Temuco por considerarla insuficientemente acreditada para desvirtuar la presunción de legalidad.

2.2 Corte Suprema

Los fallos de la Corte Suprema son aun más escasos y tan poco innovadores en este tema como los de las Cortes de Apelaciones. El internalizar la Ley N° 19.880 ha sido un proceso lento en el caso de la Corte Suprema, pudiendo apreciarse claramente que se ha pasado de una etapa de oscuridad total frente a la norma, a una en que sólo se menciona entre los argumentos de derecho para acoger o denegar un recurso, y que recientemente estamos entrando en una etapa en la que existe un poco más de desarrollo en los argumentos basados en la nueva normativa. Este proceso que observamos es la razón de la escasez de fallos relevantes para nuestro estudio en la materia del máximo tribunal, lo que esperamos se revierta en el menor plazo posible.

En primer lugar, observamos la confirmación de la postura tomadas por las Cortes de Apelaciones respecto a la obligatoriedad de todo acto administrativo hasta su efectiva invalidación o declaración de nulidad por parte de tribunales ordinarios, obligatoriedad que como vimos se desprende de la presunción de legalidad de la que goza todo acto administrativo. En este sentido, la Corte ha decidido en reiteradas oportunidades que la negativa del Servicio de Tesorería a pagar un bono otorgado por un decreto alcaldicio que no ha sido revocado ni dejado sin efecto por estimar que no se cumplen todos los requisitos legales, implica una actuación fuera de sus competencias, porque dichos decretos alcaldicios se encuentran revestidos de una presunción de legalidad en virtud del artículo 3 de la Ley N° 19.880 (roles 4.533 del año 2009; y 3.573, 3.575, 4.747 y 6.060 de 2011).

Finalmente, debemos hacer referencia a la sentencia rol 1.973 del año 2002 en que la Corte Suprema confirma los límites de la potestad de invalidar actos administrativos considerados ilegales. Reconociendo que debido al principio de juridicidad consagrado constitucionalmente, la autoridad administrativa no sólo puede sino que debe invalidar un acto que estime no se ha ajustado a la legalidad, la Corte establece que *“mediante la invalidación deben ser respetados los derechos de terceros de buena fe que, de ser afectados, lo serían a causa de errores que no les son imputables, conspirándose, además, si esos derechos se lesionan, contra el principio de certeza jurídica, que es también base fundamental de un Estado de Derecho”* (considerando primero). En consecuencia, la Corte Suprema reconoce como límites los derechos de terceros de buena fe, pero del mismo modo concede una gran importancia a la seguridad jurídica, la que es considerada ‘base fundamental de un Estado de Derecho’. Como ya revisamos, son muchas las legislaciones que abiertamente han optado por la seguridad jurídica por sobre la mantención de la legalidad estricta, por lo que esta importancia concedida a la primera no resulta tan novedosa. Mucho más enfático sobre el límite que constituyen los derechos adquiridos para el ejercicio de la facultad de invalidación, había sido el considerando 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recurrida, que no sufre modificaciones por parte de la Corte Suprema y señala *“Que la presunción de legalidad o legitimidad de los actos de la Administración trae aparejada la doctrina de los actos propios (venire contra factum proprium non valet), que impide se desconozca su propio actuar por un acto posterior que afecte a terceros, como también la regla que nadie puede mudar su parecer en perjuicio de otro (nemo potest mutare consilium suum in alterius injurie), que resulta de mayor claridad cuando se prohíbe aprovecharse de su propia ignorancia, error o dolo en perjuicio de terceros (nemo auditur o nemo allegans propriam turpitudinem), puesto que se afecta la*

probidad y rectitud con que toda persona y autoridad debe comportarse en sus relaciones con terceros. Para evitar lo anterior, en un Estado de Derecho se proscribire la autotutela, como forma legítima de resolución de los conflictos, generando, según se ha dicho, la instancia del proceso, no a posteriori, sino que en forma previa, desde que existe una pretensión extraprocesal real o presuntamente resistida, como será de prever en el caso que se afectó un derecho adquirido". Debemos decir entonces que la Corte Suprema efectivamente ha protegido los derechos de las personas en cuanto a la invalidación se refiere, siendo enfática en señalar que no pueden desconocerse los derechos que terceros de buena fe hayan adquirido en virtud de un acto administrativo, aun cuando existan vicios de ilegalidad presentes en el acto que se pretende dejar sin efecto.

3. Ante la Contraloría General de la República

Finalmente, pero no menos importante, debemos revisar la opinión que ha tenido durante estos decenios la Contraloría General de la República, pues ha sido esta entidad la que creó, definió y fijó los alcances de la presunción de legalidad en nuestro país mucho antes de que existiese una ley que simplemente recogiera lo ya construido por ella. En su importante rol de fiscalizador de los actos de la Administración mediante la toma de razón, la Contraloría presenta una importante cantidad de dictámenes para el estudio de la materia de este trabajo, los que nos permiten conocer un enfoque más práctico del tema.

Para el mejor estudio de los dictámenes, realizaremos la misma distinción en tres etapas realizada a propósito del estudio de la doctrina nacional.

3.1 Durante la Constitución Política de 1925

El primer dictamen en el que se habla oficialmente de la existencia de una "presunción de legalidad" es el número 1.589 de 1957, pero éste no sería el primero en el que se expresa la misma idea. Guillermo Varas cita el dictamen N° 18.426 de fecha 18 de mayo de 1945, que señala que "*la toma de razón de un decreto supremo hace suponer la presunción de que es legal y, por tanto, debe ser cumplido por todos aquellos a quienes afecta*"³²⁷. Este dictamen, sin embargo, no está disponible en la base de datos que la Contraloría ha puesto a disposición

³²⁷ VARAS, Guillermo. Op. cit. P. 55.

del público, debiendo confiar entonces en lo que señala Varas de él. Afortunadamente, sí podemos acceder al dictamen N° 1.589 de 1957, el que hace referencia a la situación en la que quedan los funcionarios públicos frente a un decreto legalmente tramitado que es estimado por ellos como ilegal. Al respecto, la Contraloría señala: “*Ya que una vez que ha sido tramitado y tomado razón por Contraloría se ha establecido una verdadera presunción de legalidad. Lo anterior no significa coartar libertad de un funcionario para representar la ilegalidad de un decreto*”. De este dictamen podemos concluir dos aspectos principales: uno, como ya se ha señalado, la presunción de legalidad fue creada con el objeto de evitar que los funcionarios retrasasen la ejecución de los actos administrativos si estimaban que estos eran ilegales; y, dos, la presunción de legalidad es una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario desde sus inicios. Aunque el primer criterio cambió tempranamente para extender la presunción de legalidad a terceros ajenos a la Administración, veremos que el segundo se mantiene constante y que además es una de las principales características de la presunción de legalidad para la Contraloría: su mutabilidad. El primer medio que la Contraloría señala para destruir la presunción de legalidad son los reclamos contenidos en el Estatuto Administrativo (dictamen N° 18.198 de 1958), guardando perfecta relación con el hecho de que esta institución todavía es sólo aplicable a los funcionarios de la Administración. Sin embargo, en la práctica el carácter de presunción simplemente legal no era del todo correcto, porque no existían muchos medios poder desvirtuar la presunción de legalidad. Como vimos en el Capítulo I, los tribunales ordinarios se inhabilitaron de conocer los reclamos de los particulares contra la legalidad de las medidas, debido a las normas constitucionales existentes en esta época. Tampoco podían los funcionarios de la misma Administración acudir a tribunales, pues para ellos la competencia de la Contraloría es aun más claramente exclusiva y competente, impidiéndoles ejercer medio alguno diferente al reclamo de ilegalidad del que ya hicimos mención. Cabe hacer notar que varios de los dictámenes de la Contraloría usan términos bastante categóricos, que en caso de no ser estudiados conjuntamente con aquellos que señalan que la presunción de legalidad es simplemente legal, podrían dar a entender que una vez que un acto ha sido tomado de razón, no cabe hacer presente nuevos cuestionamientos de legalidad.

Aunque el dictamen N° 49.825 de 1964 es el primero en el que la Contraloría expresamente señala que la “*toma de razón imprime al acto administrativo una presunción de legalidad que determina que el deba ser acatado por las autoridades o particulares a los cuales afecta*”, podemos reconocer un primer intento de extenderlo tres años antes, en el dictamen N° 23.190 de 1961, en que señala: “*desde el instante mismo en que un decreto supremo se halla*

totalmente tramitado, no cabe discutir a su respecto sobre la posibilidad de acatar el mandato en que consiste o que contiene en su parte dispositiva, puesto que es obligatorio para los sujetos jurídicos en quienes incide, sino que, por su ejecutoriedad, el único papel que cuadra a los obligados es el darle cumplimiento en la forma que señale". La formula "sujetos jurídicos" es mucho más amplia y ambigua, permitiendo encuadrar en ella a personas además de los funcionarios, quedando muy pocas opciones fuera de los terceros ajenos a la Administración para poder pensar que se refiere a otra posibilidad. Por otro lado, esta extensión de la presunción de legalidad tampoco resulta tan innovadora o sorpresiva, porque desde su formulación original ha servido para argumentar la ejecutoriedad de los actos administrativos, cualidad que no afecta sólo a los funcionarios que deben llevarla a cabo, sino también a los ciudadanos a quienes afectan los actos.

La Contraloría recoge las mismas influencias que la doctrina nacional de esta época y relaciona la presunción de legalidad a la ejecutoriedad del acto administrativo, señalándola como fundamento de esta importante característica de los actos administrativos (dictámenes N^{os} 7.091 de 1967 y 8.099 de 1973). Pero además de esta ya conocida función de la presunción de legalidad, el primero de los dictámenes citados también le reconoce una función estabilizadora y de seguridad jurídica muy importante "*tratándose de medidas cuyos efectos se hallan reglados por la ley, impide que decisión adoptada por la administración sea modificada o revocada por razones de mera conveniencia u oportunidad*". Esta característica representa una importante limitación a la discrecionalidad de la Administración y a su facultad de invalidar actos, permitiendo en consecuencia a los ciudadanos actuar con seguridad una vez beneficiados o perjudicados con un acto administrativo, al saber que su contenido no variará si no es por razones legales. Esta precisión es muy importante, porque debemos recordar que en esta etapa no existe una ley que regule la facultad invalidatoria de la Administración y le asigne límites tan claros y protectores de terceros como los existentes actualmente.

Otro dictamen digno de reseñar de esta etapa es el N^o 74.836 de 1959, pues éste es el primero en que la Contraloría reconoce el deber de la Administración de invalidar sus decretos cuando estos sean ilegales, en los siguientes términos: "*la administración, por tener el deber jurídico de actuar conforme a derecho, debe invalidar sus actos contrarios a la ley en sentido amplio*". Como vimos cuando estudiamos la obra de Mónica Madariaga, la invalidación de los actos ilegales no es sólo una facultad de la que goza la Administración, sino que es un deber inexcusable de la misma. Es importante destacar que el dictamen habla de "ley en sentido

amplio”, coincidiendo con el deber de la Contraloría de revisar tanto la legalidad como la constitucionalidad de los actos administrativos. Lo señalado en este dictamen será reiterado por muchísimos otros, que hacen hincapié en la obligación de la Administración de invalidar sus actos si estos son considerados ilegales a posteriori o se basaron en supuestos irregulares (N^{os} 79.581/64, 11.918/65, 38.907/66, 7.091/67, 16.834/67, 13.592/71, 92.080/71, 12.023/72, 8.099/73, 65.403/76, entre muchos otros).

No obstante, este deber de invalidar las decisiones ilegales de la Administración reconoce varios límites, y todos pensados para proteger a las personas, sean o no funcionarios. Entre los límites señalados, tenemos: si ha operado la prescripción de los derechos, sea adquisitiva (29.711/67 y 11.703/72) o extintiva (33.699/73); por razones de seguridad jurídica de situaciones que alcanzan a terceros (24.049/69 y 15.393/75); y que las personas hayan actuado de buena fe frente a situaciones concretas (16.506/71 y 15.613/75).

Finalmente, es importante señalar que la importancia y valor que la Contraloría le da a la presunción de legalidad es mucho menor a la que los autores en la época le confieren. Son muchos los dictámenes que señalan que la *“toma de razón de actos administrativos, sólo los inviste de presunción de legalidad y no impide que ellos sean invalidados en evento de adolecer de vicio de ilegitimidad”* con esta misma fórmula u otras similares, remarcando que la presunción de legalidad admite pruebas en contrario para ser destruida (dictámenes N^{os} 83.485/60, 38.160/62, 11.918/65, 38.907/66, 7.091/67, 16.834/67, 92.080/71, 12.023/72, 8.099/73, 11.191/76, 65.403/76, 68.948/77, entre otros). Resulta cuando menos curioso ver que los mismos creadores del privilegio que es la presunción de legalidad, le concedan tan poco protagonismo en algunos de sus dictámenes, y sean bastante más categóricos en sus efectos en otros. Sin embargo, ninguno de los dictámenes se refiere a la presunción de legalidad como privilegio o facultad extraordinaria, sino que lo limitan y restringen constantemente imponiendo el deber de invalidar los actos ilegales, teniendo muy claro que la Administración comete errores que no deben ser soportados en definitiva por los particulares. Como puede apreciarse, el deber de invalidar los actos ilegales para restablecer el imperio del derecho debe ceder ante la necesidad de proteger a terceros de los errores cometidos por la Administración. Este es muy buen ejemplo de la importancia de estudiar adecuadamente la jurisprudencia sobre el tema, porque muchas veces la práctica presenta situaciones no contempladas por el Derecho y es deber de los tribunales, sea cual sea su naturaleza, darles una

solución. Resulta muy desalentador que la Contraloría haya sido el órgano que ideó los primeros límites a la invalidación de los actos en lugar de los tribunales ordinarios.

3.2 Durante la Constitución Política de 1980

La segunda etapa de estudio presenta muchas menos novedades que su antecesora. Como vimos, las principales definiciones y posturas ya han sido tomadas y en ese sentido el mayor aporte que realiza la nueva Constitución son nuevas disposiciones para sustentar las opiniones ya tomadas por la Contraloría. Dentro de aquellas que no sufren variación con la entrada en vigencia de la nueva Carta Fundamental, podemos mencionar el hecho de que la Contraloría continúa señalando que la presunción de legalidad es lo que permite la ejecución de los actos administrativos (Dictámenes N^{os} 38.265/88, 30.117/93, 10.239/96, 37.211/97, 10.521/99, 11.676/02, 6.494/03). Como vimos, este era una de las aproximaciones a la presunción de legalidad que usaban los autores de la época anterior, la que progresivamente fue dejada de lado al empezar a considerar a la presunción de legalidad como un efecto normal del acto administrativo por sí mismo en vez de considerarlo el fundamento de otro efecto del acto, la ejecutoriedad. La Contraloría, por su parte, no ha seguido siempre el mismo camino.

Otro aspecto que se mantuvo sin mayores variaciones desde la etapa anterior es la opinión de que la toma de razón otorga una presunción de legalidad que puede ser destruida con nueva información o por haberse basado en antecedentes erróneos al momento de tomarse razón del acto (dictámenes N^{os} 21.464/81, 15.131/83, 21.223/81, 21.409/84, 22.730/84, 26.054/84, 18.959/86, 18.785/83, 27.751/87, 32.738/87, 6.067/88, 6.455/88, 22.759/88, 38.265/88, 1.667/89, 6.511/90, 12.174/90, 17.799/90, 5.156/91, 24.429/91, 7.606/92, 7.683/92, 15.369/92, 30.117/93, 21.785/94, 14.731/96, 29.660/96, 36.095/96, 1.503/97, 1.093/97, 16.110/97, 26.637/97, 435/98, 8.863/98, 49.073/98, 10.521/99, 15.670/99, 19.572/00, 44.780/00, 2.092/01, 11.676/02, 16.433/02, 18.095/02, 80/03, 6.494/03).

Por su parte, podemos mencionar que las limitaciones a la facultad de invalidar que señalamos a propósito de la etapa anterior son otro aspecto que se mantiene (dictámenes N^{os} 10.677/94, 29.215/95, 36.095/96, 37.211/97, 41.817/00, 12.272/02, 12.500/02, 13.209/02, 24.337/02, 52.151/02, 52.278/02). No obstante, es importante destacar que en el dictamen N^o 38.968/95 se usa la nueva Constitución para explicar los límites que presenta el deber de invalidar las decisiones ilegales de la Administración, que señala “*la resolución 4 produjo*

todos los efectos que el Decreto Ley 2695 previene en el citado art/15, esto es, generó una situación patrimonial amparada por art/19 num/24 de la ley suprema, no susceptible por consiguiente, de ser afectada por la administración mediante un acto invalidatorio”.

Otro aspecto en el que hubo un cambio de fundamentos legales para mantener posturas anteriores, es la alusión a los artículos 6 y 7 de la Constitución para establecer el principio de legalidad al que tienen que sujetarse todos los órganos de la Administración, junto al artículo 2 de la ley 18.575. Como señalamos al citar el dictamen N° 74.836 de 1959, sólo se señalaba que existía el deber de actuar dentro de la legalidad, sin hacer referencia alguna a normas constitucionales o legales. Esto cambia con la nueva Constitución, citando como ejemplo el dictamen N° 10.521 de 1999 que indica *“y dando cumplimiento al principio de legalidad que, conforme artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de ley 18575, deben observar los órganos del estado”*. Este fundamento sirve tanto para regular la actuación del Estado como para establecer el deber de invalidar las actuaciones consideradas ilegales con posterioridad a la tramitación del acto administrativo. Otros dictámenes en este sentido son los N°s 26.637/97, 8.863/98 y el 24.337/02.

También debemos comentar aquellos aspectos que sí presentan novedades en el estudio de nuestro tema. En primer lugar, una interesante precisión que realiza la Contraloría sobre la presunción de legalidad es que no debe usarse para amparar errores de la Administración ni impide su posterior invalidación. Al respecto, el dictamen N° 29.660 de 1996 señala *“en consecuencia, el documento señalado debe invalidarse, pues la toma de razón es sólo una presunción de legalidad respecto de los actos administrativos afectos a ese trámite, que no avala los eventuales errores de la administración, ni impide que aquellos se dejen sin efecto”*. En los mismos términos se refiere el dictamen N° 36.095 del mismo año, que señala que la toma de razón *“constituye únicamente una presunción de legalidad que no puede avalar errores de la Administración”*. En el mismo sentido se pronuncian los dictámenes N°s 1.503 y 3.093 de 1997.

Asimismo, existe un par de dictámenes que señalan que los actos administrativos representan un ejercicio de la soberanía nacional, de acuerdo al artículo 5 de la Constitución. Así, el dictamen N° 38.968 de 1995 indica que *“así, y como los actos administrativos una vez totalmente tramitados quedan revestidos de una presunción de legalidad, puesto que según art/5 de la Constitución constituyen ejercicio de la soberanía nacional”*. En el mismo sentido

el dictamen N° 10.239 de 1996 por su parte señala “*esto, por cuanto aquellas decisiones (los actos administrativos) son, acorde art/5 inc/1 de la carta fundamental, expresión de la soberanía nacional, por lo que una vez tramitadas totalmente quedan revestidos de una presunción de legalidad, que les imprime una de sus principales características: su ejecutividad, en cuya virtud producen todos sus efectos, aun contra la voluntad de los administrados*”. Esta postura no se repite en la Contraloría, ya que dentro de los 78 dictámenes de la época estudiados, sólo estos dos hacen referencia al ejercicio de la soberanía nacional. Es esta misma condición la que nos plantea más dudas de las que resuelve. En primer lugar, ¿cualquier expresión de soberanía goza de presunción de legalidad? De ser así, ¿es por la soberanía misma o por el cumplimiento de la tramitación que ellas conllevan? ¿Es entonces la soberanía el verdadero fundamento de la ejecutividad de los actos administrativos? ¿Es esta la versión de la Contraloría de la idea de que todo órgano público emite actos que deben ser considerados válidos? Todas estas preguntas quedan sin respuesta, porque la mención a la soberanía no vuelve a repetirse.

Otro dictamen digno de reseñar de esta etapa es el N° 13.209 de 2002, el que probablemente haciéndose eco de la próxima a dictarse Ley de Bases del Procedimientos Administrativo, que deriva la presunción de legalidad de la competencia del órgano que lo emite, y no de la toma de razón del mismo, en los siguientes términos “*la invalidación o corrección de dichas actuaciones está limitada por la necesidad de mantener las situaciones jurídicas creadas a su amparo, cuando aquéllas alcanzan a terceros de buena fe y se han originado bajo la presunción de legitimidad derivada de la competencia del órgano emisor*”. Es interesante resaltar lo excepcional de este dictamen, porque aun con posterioridad a la promulgación de la Ley N° 19.880, muchos dictámenes siguen relacionando la presunción de legalidad a la toma de razón en vez de hacer la referencia a la norma legal que la consagra.

Respecto a las ilegalidades de las que puede adolecer un acto tomado de razón y en consecuencia revestido de la presunción de legalidad y a la potestad de invalidación, podemos señalar aspectos dignos de reseñar en las decisiones tomadas por la Contraloría. Primero, debemos hacer una referencia al rol que juega el transcurso del tiempo. Como señalamos, el dictamen N° 33.699 de 1973 hacía referencia a la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del acto administrativo. En esta etapa, el dictamen N° 30.916 de 1987 señala que el mero transcurso del tiempo no puede sanear la ilegalidad y que siempre sería posible solicitar su invalidación. La misma posición toma el dictamen N° 10.521 de 1999, señalando que el

paso del tiempo no puede ser obstáculo al deber de la Administración de actuar o conformar su actuar al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución y al artículo 2 de la ley 18.575 mediante la invalidación de decisiones ilegales. Esta posición termina siendo confirmada con el dictamen N° 46.118 de 2002, que aun así delimita los límites de esta posición señalando *“en nuestro ordenamiento jurídico rige la regla general emanada del principio de legalidad de los actos de la Administración, (...), sin que el transcurso del tiempo pueda obstar al ejercicio de esa esencial potestad, a menos que así lo haya dispuesto el legislador”*.

Segundo, y manteniendo el criterio de la etapa anterior, no toda ilegalidad llevará consigo necesariamente la invalidación del acto. Los principios de seguridad jurídica y la buena fe de los beneficiarios siguen siendo un límite a la facultad de invalidar los actos de la Administración (dictámenes N°s 12.272, 24.337 y 52.151, todos de 2002). El dictamen N° 12.500 del mismo año incluso amplía los límites de la invalidación, señalando que estos serían la paz social, la certeza jurídica, la racionalidad y equidad, y los derechos garantizados por la Constitución. Lo que la Contraloría busca dejar en claro es que debe analizarse caso a caso cuando procede invalidar y cuando no, ya que *“no se puede aplicar sanción de nulidad cuando ella produzca efectos mas perniciosos que los que se intenta evitar con su implantación”* (dictamen N° 12.272 de 2002).

Tercero, y por último, la jurisprudencia administrativa es clara en señalar quién es el sujeto activo de la invalidación: la Administración. Una vez tomado de razón, la Contraloría no puede dejarlo sin efecto por entrar en conocimiento de los nuevos antecedentes que ameritan calificarlo de ilegal, sólo puede hacer presente dicha situación al órgano que dictó el acto para que éste lo deje sin efecto mediante la emisión de un nuevo acto administrativo (dictámenes N°s 18.785/87, 17.799/90 y 7.606/92).

3.3 Después de la dictación de la Ley N° 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo.

Ya hemos adelantado algunas de las posiciones tomadas por la Contraloría en esta última etapa, que es la más corta de las estudiadas, por encontrarnos aun en ella. Los dictámenes relacionados a nuestro tema no sólo son menores en cantidad a los de épocas anteriores, sino que también son menores las innovaciones o cambios de postura que la Contraloría ha

realizado, por lo que resulta bastante fácil realizar las predicciones sobre el futuro de la presunción de legalidad en la jurisprudencia administrativa.

Lo primero que debe ser dicho es que la Contraloría no ha cambiado su criterio relativo a la poca importancia que concede a la presunción de legalidad, en contraposición a la que los autores le otorgan. Las expresiones “mera”, “simple” y “sólo” para referirse a la presunción continúan, y no se aprecia cambio o evolución en ella. En este sentido encontramos los dictámenes N^{os} 80, 6.494, 32.350, 47.717, y 57.288 de 2003; 9.356, 13.897, 27.752, 34.186 y 53.012 de 2004; 56.377 de 2005; 32.507, 35.883 y 42.451 de 2006; 117, 9.161, 14.441, 19.235, 24.417 y 44.821 de 2007 y 26.436 de 2010. Finalmente, el dictamen N^o 560 de 2008 confirma esta apreciación, señalando que es el criterio uniforme de Contraloría la expresada en el sentido de que la toma de razón sólo otorga al acto administrativo una presunción de legalidad, la que no obsta a la obligación de la autoridad de invalidar el acto si posteriormente se conoce su ilegitimidad.

Uno de los cambios que podemos apreciar en la postura de la Contraloría de esta etapa, y que refleja un cambio con la aplicación de la Ley N^o 19.880, dice relación con la fuente de la presunción de legalidad. Esta etapa pierde la uniformidad de las anteriores, en las que no se discutía el origen de la presunción de legalidad, pues esta era sin lugar a dudas la toma de razón y ningún otro. No obstante, en este período podemos señalar a lo menos tres distintas fuentes de las que la Contraloría deriva la presunción de legalidad.

En primer lugar, tenemos aquellos dictámenes que señalan a la misma Ley N^o 19.880 como fuente de la presunción de legalidad. En este sentido, el dictamen N^o 15.657 señala *“lo anterior, si se considera, además, que acorde con el artículo 3 de la Ley N^o 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad frente a sus destinatarios”*. En el mismo sentido se pronuncian los dictámenes N^{os} 25.117 y 49.883 del mismo año; 9.695, 11.720, 50.338 y 61.420 del 2006; 42.089 y 49.531 del 2008; 68.127 del 2009; y 66.207 del año 2010.

Como segunda postura, podemos reunir a los dictámenes que señalan que la presunción de legalidad deriva de la competencia del órgano emisor. El dictamen N^o 22.127 de 2009 indica que deben mantenerse aquellas *“situaciones jurídicas creadas a su amparo, cuando aquéllas*

alcanzan a terceros de buena fe y se han originado bajo la presunción de legitimidad derivada de la competencia del órgano emisor". Los dictámenes N^{os} 38.102 y 40.310 del mismo año, 16.562 de 2010 y 4.617 y 12.927 de 2011, siguen la misma tendencia. Esta es la última postura tomada por la Contraloría. También es la que varios autores han adoptado al señalar que la presunción de legalidad no dice relación con la validez del acto administrativo, sino con su eficacia. Por el solo hecho de emanar de un órgano de la Administración del Estado, la decisión sería obligatoria tanto para funcionarios de la Administración, particulares y otros órganos del Estado. Esta fue la postura tomada por Patricio Aylwin en los '50, Mónica Madariaga en los '90 y Hugo Caldera y José Ignacio Martínez Estay en el 2000.

Finalmente, tenemos la mantención de la postura de las dos etapas previas, en las que asocian la presunción a la toma de razón, señalando que es este trámite de control preventivo de la legalidad el que otorga el beneficio de la presunción de legalidad. En este sentido, el dictamen N^o 29.826 de 2006 señala *"este Organismo Fiscalizador a través de la toma de razón otorga a los actos administrativos sujetos a dicho trámite, una presunción de legalidad"*. De distinta manera lo señala el dictamen N^o 35.617 del mismo año, cuando dice que es *"la aprobación por parte de este organismo fiscalizador de dichos instrumentos permite que ellos, luego de notificados o publicados, estén investidos de una presunción de legalidad"*. Más enfático es el dictamen N^o 8.449 de 2007 cuando señala que *"la consecución de una licitación pública se encuentra supeditada a que las condiciones previamente fijadas deben gozar de presunción de legalidad, lo cual ocurre una vez que el acto pertinente se encuentre tomado de razón"*. En términos similares se expresan los dictámenes N^{os} 34.314 y 34.531 de 2007. Además, en este mismo sentido se pronuncian todos aquellos dictámenes, que ya hemos citado, que hacen referencia a que la toma de razón "constituye" una mera presunción de legalidad, y los muchos que hablan sobre el deber de invalidar las decisiones contrarias a derecho, aun cuando la Contraloría haya tomado razón de ellos.

La mantención de esta postura es muy interesante, porque como hemos señalado en varias oportunidades, la toma de razón es un control que cada vez se limita a una menor cantidad de actos, por lo que señalar que es este trámite el que otorga la presunción de legalidad implica disminuir considerablemente su extensión.

Por otro lado, resulta destacable la posición tomada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en el dictamen N^o 22.446 de 2006, en el que señala la existencia de una

doble presunción de legalidad respecto de unas bases de licitación: la que el artículo 3 de la Ley N° 19.880 le otorga, y el hecho de haber sido tomado razón por la Contraloría. Lo interesante aquí es que la Contraloría no toma esta oportunidad para poder precisar que la toma de razón ya no es la que crea la presunción de legalidad, sino que vendría a reforzarla. Cabe recordar aquí que esta es la postura que por la década de los 50 tomó el profesor Patricio Aylwin respecto a la toma de razón.

Otro aspecto que podemos rescatar de esta etapa, es que no se ha abandonado del todo la posición que relaciona a la presunción de legalidad con el ejercicio de la soberanía nacional. En efecto, el dictamen 19.397 de 2011 señala textualmente que *“los actos administrativos, una vez que se encuentran totalmente tramitados, quedan revestidos de una presunción de legalidad -ya que, acorde con el artículo 5° de la Constitución Política, constituyen ejercicio de la soberanía nacional”*. La excepcionalidad de esta postura nos impide considerarla una cuarta fuente de la presunción, pero no podemos dejar de mencionarla.

Y finalmente, debemos referirnos a los límites a la potestad de invalidación. La Ley N° 19.880 señala en su artículo 13 inciso final que *“La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”* y se refiere en su artículo 53 a la invalidación propiamente tal, indicando que tanto los particulares como la Administración pueden solicitarla, un plazo para poder pedirlo y fijando reglas para su procedimiento. De la lectura de estos artículos podemos señalar que el primer límite que debemos fijarle a la invalidación es no afectar intereses de terceros. El dictamen N° 42.451 de 2006 reconoce este límite y señala que es el único que existe, porque es el único recogido en la ley. Sin embargo, existen otros fallos que señalan mayores precisiones a éste y/o que justifican de distinta manera estos límites.

En el primer caso, el dictamen N° 53.858 del mismo 2006 viene a precisar el anterior, señalando que los terceros afectados debieron haber adquirido derechos. Asimismo, el dictamen N° 22.790 de 2009 refuerza esta idea, cuando dice que los terceros debieron haber adquirido derechos en el convencimiento de hacerlo dentro de la legalidad para poder limitar la facultad de invalidar de la Administración. En el mismo sentido se pronuncian los dictámenes N°s 53.858 de 2006; 50.888 y 59.578 de 2008, 22.790 de 2009; y 80.169 de 2010. Esta distinción entre “intereses” y “derechos adquiridos” la realiza en otras ocasiones, cuando la Contraloría confirma que el participar en los concursos públicos no otorga derechos, sino

meras expectativas de acceder al cargo (dictámenes Nos 53.858/06, 15.329/08, 50.888/08 y 2.324/11, por ejemplo), que los beneficios previsionales son meras expectativas no incorporadas al patrimonio (dictamen N° 27.752/04) o que los prestadores de transporte público de pasajeros tampoco han adquirido derechos, pues la inscripción habilitante es eminentemente provisional (dictamen N° 22.446 de 2006). En consecuencia, no es menor la elección de palabras que realiza la Contraloría, porque en estos últimos casos estamos en presencia de legítimos intereses de terceros, pero no de derechos adquiridos, los que de todos modos se vieron afectados por la invalidación de actos administrativos.

La segunda posibilidad habla de aquellos dictámenes que dicen relación con la necesidad de mantener situaciones consolidadas y proteger a terceros de buena fe que actuaron en el convencimiento de hacerlo dentro de la legalidad, remitiéndose a los principios generales del derecho de la buena fe y la seguridad jurídica. En este sentido se pronuncian los dictámenes N°s 38.102 y 40.319 de 2009; 57.284 y 61.570 de 2010; y 4.617 y 12.937 de 2011.

4. Recapitulación

Luego de haber revisado lo que la jurisprudencia judicial y administrativa tienen que decir respecto a la presunción de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, podemos señalar que no ha obtenido el efecto esperado el haber incorporado al Poder Judicial al control sobre los actos administrativos. Las sentencias que revisamos dan cuenta de poca profundización en su mayoría y nulas innovaciones. Por otro lado, tenemos a la Contraloría General de la República, organismo que siempre ha tenido entre sus facultades el control de los actos administrativos pero que nunca se estimó suficiente, en una posición más proactiva. Ha sido esta última la que ha dado mayores tendencias dignas de estudio, al crear, ampliar, limitar e incluso relacionar con el ejercicio de la soberanía nacional a la presunción de legalidad, sin tener el Poder Judicial ninguna postura tan digna de destacar como las ya mencionadas. Es más, y como mencionamos en su oportunidad, pareciera ser que los tribunales se ven a ellos mismos como la última opción de las personas para controlar los actos de la Administración, cuando la misma Ley N° 19.880 reconoce la opción del interesado de acudir a los tribunales primero, obligando a la Administración a no conocer de ninguna reclamación sobre el mismo tema (artículo 54). Esta postura no hace justicia a la importante y

reconocida necesidad de contar con un organismo ajeno a la misma Administración para poder resguardar los derechos de las personas ante posibles abusos por parte de la misma. Esta misma resistencia a pronunciarse sobre el fondo de la presunción de legalidad se nota en la deferencia con la que el Poder Judicial trata a los actos administrativos, limitándose a citar el artículo 3 de la Ley N° 19.880 en gran cantidad de sentencias. Por su parte, la Contraloría ha sido mucho más enfática en señalar que los actos gozan de una “simple” presunción de legalidad, que puede ser desvirtuada posteriormente sin mayores complicaciones.

No obstante, no todos los pronunciamientos de la Contraloría son igualmente afortunados. Como vimos, aun con posterioridad la dictación de la Ley N° 19.880 que señala que todo acto administrativo goza de presunción de legalidad sin hacer mención a la toma de razón, siguen existiendo dictámenes que indican que es este acto de control preventivo el que crea la presunción. Ya hemos señalado las confusiones que presenta la generalización de esta postura, por lo que cabe preguntarse si la toma de razón reforzaría la presunción que todo acto legalmente tramitado ya tiene o si crea una nueva, de diferente base. Las consecuencias pueden ser muy interesantes, porque podrían elevar el estándar probatorio para poder desvirtuar la presunción ante la misma Contraloría o ante el Poder Judicial, dejando de ser una “simple” presunción de legalidad y pasando a ser una “reforzada”, con la consecuente elevación del estándar probatorio en este caso.

Finalmente, podemos apreciar que varios de los cuestionamientos realizados por los autores en la primera parte de este trabajo ya han sido resueltos por la jurisprudencia. Primero nos pronunciaremos sobre la supuesta inconstitucionalidad de la facultad de invalidación. En ninguna sede se ha objetado esta facultad, es más, se ha reforzado en cuanto al deber de todo órgano del Estado de actuar dentro del marco de legalidad. Y sobre los abusos en que la Administración podría incurrir al hacer uso de ella, vemos que existe un control efectivo al respecto tanto en sede judicial como en sede administrativa. Entre ambos no sólo han dejado claro que no hay caso en el que pueda ser dejado sin efecto un acto que permitió a un tercero adquirir derechos, sino que además se han esgrimido otros límites para evitar mayores inconvenientes a la ciudadanía en general. No sólo se debe velar por la seguridad jurídica, sino que también es digna de resguardo por parte de las autoridades la legítima confianza en el actuar de la Administración, porque movida por ésta muchas personas actúan de una manera determinada y la invalidación podría afectar a más gente de lo que el vicio invocado lo hizo. En consecuencia hay un análisis casuístico que busca causar el menor daño posible, sea

dejando sin efecto el acto impugnado o buscando otra manera de compensar a las personas afectadas, por estimar que el remedio sería peor que la enfermedad. En este sentido, la Contraloría ha preferido mantener los nombramientos de funcionarios públicos producto de concursos viciados, y compensar al funcionario afectado con estas irregularidades en cuanto una nueva vacante se produzca, por ejemplo.

En segundo lugar, vimos que existía la crítica a que a nivel legal se consagrara la presunción de legalidad de los actos administrativos, cuando ni siquiera se ha consagrado una presunción de constitucionalidad de las leyes. Aunque es efectivo que no existe una consagración expresa, señalamos que el Tribunal Constitucional sí cree en la existencia de una presunción de constitucionalidad o legitimidad de las leyes, cuando señaló que la presunción de constitucionalidad consistiría en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los poderes del Estado, entre las que se cuentan los distintos tipos de leyes que el Congreso Nacional de la República puede dictar. Esta idea nada tiene de innovadora o rupturista, porque la práctica así lo ha confirmado. Una ley válidamente emitida es obligatoria para todas las personas, sean autoridades o no, aun cuando se cuestione la legitimidad de la misma. Si alguien estima que la ley no debe ser aplicada en el caso concreto, o en la generalidad de los casos, recae en él la carga de demostrar esta circunstancia ante el Tribunal Constitucional, y no al Estado probar la constitucionalidad de las normas. Los cuestionamientos al artículo 171 del Código Sanitario o al artículo 102 del Código Civil demuestran que esta es la postura reconocida por los tribunales. Podríamos decir algo similar respecto a las sentencias emitidas por los tribunales, en que es carga del recurrente señalar y fundamentar los errores que éstas pueden presentar y que vulneren sus derechos, sin perjuicio de las facultades que el mismo Poder Judicial tiene para corregir los errores que detecte en sus resoluciones. En ningún aspecto sustancial difieren estas aplicaciones del principio de presunción de constitucionalidad o legitimidad de aquella referida a la legalidad de los actos administrativos, por lo que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional le es igualmente aplicable.

Otro aspecto que debemos considerar resuelto por la jurisprudencia, es la necesidad de contar con una declaración de la nulidad de los actos administrativos, sin que opere la nulidad de derecho *ipso iure*, como algunos autores plantean. Vimos que el fundamento de esta declaración dice relación con la necesaria destrucción de la presunción de legalidad de que todo acto goza, y además con la posibilidad de que no sea necesaria la anulación del acto para

poder corregir el decreto viciado, por atender a otros principios del derecho que resultan igualmente dignos de proteger, como la estabilidad y seguridad jurídicas.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que el mismo Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la presunción de legalidad del acto administrativo, al tenerla entre sus argumentos en el voto de mayoría del fallo relativo a la televisión digital y hacer referencia expresa a los términos usados por el profesor Eduardo Soto Kloss en el voto de minoría cuando se señala que *"Ninguno de los Ministros de este alto Tribunal sostiene, entonces, que dicha presunción sea un resabio absolutista y una prerrogativa que afecta la igualdad ante la ley"*. Esta declaración sólo pone de manifiesto la postura que el Tribunal Constitucional ya había sustentado con anterioridad, pues en varias oportunidades se ha expresado sobre el valor de la presunción de legitimidad como principio de hermenéutica jurídica, o sobre la concordancia de esta presunción con fines constitucionales, o la dificultad de la vigencia de un Estado de derecho si o se partiera de este supuesto.

CONCLUSIONES

Como vimos, la presunción de legalidad dista mucho de ser una mera creación contralora. Con distinto origen, distinta denominación o incluso distinto fundamento, es un privilegio de la Administración que existe en distintas partes del mundo, gozando de los mismos efectos que se le conocen en Chile. No obstante, después de estudiar la realidad chilena y compararla con la de otros países, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. El concepto de 'presunción' de legalidad es en principio cuestionable. Como señalamos en el Capítulo I, la estructura de toda presunción es hecho base-actividad lógica-hecho presumido, la que no es posible reconocer en la presunción de legalidad. Al menos en nuestro país, este problema es uno reciente, por cuanto en la época en que era la toma de razón la que originaba la presunción de legalidad, teníamos al examen como hecho base y a partir de éste era posible construir la estructura. De todos los autores estudiados, sólo Manuel Rebollo Puig da cuenta de esta anomalía. Ningún otro autor dio una posible respuesta satisfactoria a esta cuestión, pues todo posible hecho base sugerido es igualmente presumido: la actuación administrativa guiada únicamente por el interés público, el respeto de las autoridades por las normas de procedimiento establecidas por la ley, o el hecho de emanar de una autoridad pública válidamente investida. Como ciudadanos, no tenemos forma de saber si éstos supuestos han sido adecuadamente cumplidos con anterioridad a la emisión del acto que se nos exige cumplir, por lo que debemos confiar en que así ha sido y, en caso de dudas, proceder a comprobarlo con posterioridad. ¿Cómo pueden ser éstos los fundamentos de la presunción entonces? En consecuencia, debemos señalar que la presunción de legalidad de los actos administrativos es un efecto de los mismos, y no una presunción, como ha sido conceptualizada.

2. Otro aspecto muy interesante habla sobre el fundamento mismo de la existencia de un privilegio como la presunción de legalidad. Vimos que existe una serie de posibilidades para justificarla, como la primacía de los intereses de la Administración por sobre los intereses personales de cada ciudadano, por lo que no deben demorarse en ser cumplidos; el ser la potestad reglamentaria un ejercicio de la soberanía

nacional; ser consecuencia de un principio constitucional de presumir válida toda actuación estatal, sin distinguir de cuál poder del Estado proviene; ser el resultado de una serie de garantías formales o procedimentales que aseguran su corrección al administrado, etcétera. Como vemos, son muchas las opciones entregadas por la doctrina y la jurisprudencia para explicar la creación de este privilegio administrativo, pero ninguna ha gozado de aceptación mayoritaria dentro de su mismo país. Las excepciones las encontramos precisamente en aquellos países que sin haber consagrado la presunción de legalidad de los actos administrativos, los dotan del mismo poder ante los administrados, como son Alemania, Francia e Inglaterra. En estos tres países, el cuestionamiento a la fuerza de los actos administrativos es bastante menor a la que vimos en otros, como Argentina, España o incluso nuestro país. El caso de Alemania es bastante particular, porque no sólo tiene plazos muy cortos y causales muy específicas para impedir la eficacia de los actos, sino que en las palabras de Mayer a fines del Siglo XIX, el ciudadano puede considerarse afortunado de que su petición haya sido considerada siquiera. Es, en consecuencia, un tema no resuelto el del fundamento de la presunción de legalidad, situación que se repite en el mundo.

3. El origen de la presunción de legalidad en Chile es también un punto digno de destacar. Aquí no fue la ley o la Corte Suprema la que declaró que los actos administrativos gozaban de presunción de legalidad, sino que fue la Contraloría General de la República quien creó tal privilegio. Esto trajo consigo un diferente enfoque por parte de la doctrina en los primeros tiempos, porque si bien en otras latitudes se señalaba que ésta atendía más bien a la eficacia que a la validez misma de los actos, la verdad es que en Chile sí era una presunción de legalidad propiamente tal, porque existía un control de legalidad previo que permitía suponer razonablemente que el acto tomado de razón cumplía con todos los requisitos señalados en la ley. Sólo cuando la ley dotó a todos los actos administrativos con dicho efecto, comenzó a criticarse el hecho de que se *presumiera* la legalidad de todos los actos, iniciándose sólo en ese momento una discusión que en otros países ya llevaba décadas, notándose este atraso especialmente en la escasez de trabajos sobre el tema.
4. La presunción de legalidad se inserta dentro del concepto de acto administrativo que la Ley N° 19.880 presenta. El principal objetivo de esta ley es unificar y hacer públicos todos y cada uno de los pasos que son necesarios realizar para que un acto

administrativo pueda finalmente nacer a la vida jurídica. Así, se le conceden al administrado muchas oportunidades para que tome conocimiento de los planes de acción de la Administración y que pueden afectar sus derechos, y cuente con las herramientas apropiadas para hacer valer su opinión frente al proyecto de acto administrativo que está siendo tramitado. El artículo 10 de la ley es muy claro en este aspecto al consagrar el principio de contradictoriedad en los siguientes términos: *“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”*. La publicidad y las oportunidades que se conceden para que todo posible interesado intervenga durante todo el procedimiento representan una importantísima garantía a todos los administrados de que la presunción de legalidad no amparará actos secretos que puedan terminar violentando los derechos de los ciudadanos, frente a los cuales sólo pueden reaccionar con posterioridad a que ésta haya sido generada. La presunción de legalidad es entonces sólo la conclusión de un procedimiento público y contradictorio, que concede a los administrados todas las opciones de hacer valer sus intereses y opiniones con anterioridad a la toma de la decisión final por parte de la Administración, y es en virtud de estas oportunidades previas que con posterioridad a la notificación o publicación del acto surgen los efectos propios de la presunción, que son el deber de impugnar el acto que tiene el administrado y la no suspensión del mismo hasta que exista una resolución o sentencia en ese sentido. Son, en consecuencia, estas numerosas oportunidades previas las que dan sustento a la presunción de legalidad como conclusión de un procedimiento participativo y en el cual puedan hacerse valer todos los puntos de vista que los posibles afectados hayan considerado necesario hacer saber a la Administración. Por tanto, no debe concluirse apresuradamente que sólo una vez que el acto haya sido notificado o publicado el administrado puede hacer valer su opinión respecto al mismo, debiendo soportar en el proceso administrativo o judicial la posición desmejorada en que la presunción de legalidad lo deja frente a la Administración, precisamente porque existen estas oportunidades que fueron concedidas con anterioridad y que no presentan la posición desmejorada en que se encontrará el afectado una vez que el acto comience a producir efectos.

5. La legislación chilena de procedimiento administrativo presenta varias semejanzas con sus pares internacionales. En primer término, consagra legalmente la presunción de legalidad. Y, al igual que otras leyes comparadas, no realiza mayor profundización al

respecto. Del mismo modo, la ley chilena contempla la posibilidad de utilizar medios electrónicos en el procedimiento administrativo, sin ser específico en la materia, lo que permitirá adaptarse rápidamente a los veloces cambios que la tecnología experimenta. Otro aspecto en común es la existencia de medios para dejar sin efecto un acto administrativo, ya sea de oficio o a petición de parte y por diferentes motivos. Pero es en este punto donde podemos empezar a señalar algunas de las importantes diferencias que se presentan.

- Quizá la diferencia más importante es que la Ley N° 19.880 no distingue entre nulidad y anulabilidad de los actos. Como vimos, aunque podían diferir en las razones y consecuencias de la distinción, la mayoría de los países la efectúa. En nuestro país, si se estima que el acto adolece de algún vicio, se decretará su nulidad sin más distinción al respecto, a menos que por otros motivos se considere más conveniente mantener el acto dentro del ordenamiento, como la existencia de derechos de terceros o la seguridad jurídica.
- Muy relacionado a lo anterior, es la inexistencia de causales taxativas en la ley chilena que determinen la nulidad del acto. Como también vimos, son varias las leyes que establecen diferentes causales para decretar la nulidad o anulabilidad de actos, y en su gran mayoría éstas correspondían a vicios graves y evidentes. En consecuencia, si el acto adolecía de alguna ilegalidad que no estuviera señalada, este vicio no era sancionable y el acto continúa siendo eficaz, aunque inválido. En Chile, el margen de ilegalidad tolerada es bastante menor, al permitir la invalidación de cualquier acto ‘contrario a derecho’ sin señalar causales establecidas e invariables. Como señalamos, aunque habrán casos en que no se deje sin efecto el acto considerado ilegal, esto corresponderá a una evaluación del caso en concreto, buscando siempre causar el menor daño posible al afectado y a terceros. Esta consideración, por las consecuencias nocivas de la nulidad, tampoco puede realizarse en el caso de existir causales determinadas de nulidad, porque en el caso de poder subsumirse el vicio en una de las causales la nulidad debe ser declarada, sin existir alternativa al respecto.
- Otra importante diferencia entre la legislación chilena y la comparada dice relación con los plazos en los que se puede solicitar a la misma Administración

que deje sin efecto sus actos. Aunque el recurso de reposición presente el corto plazo de 5 días para ser interpuesto, el recurso de revisión ya se extiende a un año, plazo considerablemente superior a algunos de los revisados en la legislación comparada, donde la gran mayoría de éstos no sobrepasa de meses para la interposición de los recursos pertinentes ante la misma Administración, siendo la gran mayoría plazos de días. Finalmente, no podemos dejar de lado que el artículo 53, referido a la invalidación, da un plazo de dos años para que la misma Administración deje sin efecto sus actos contrarios a derecho, sea de oficio o *a petición de parte*. Es decir, éste es el plazo último en el que los particulares pueden plantear su pretensión ante la misma Administración de dejar sin efecto un acto administrativo por considerarlo contrario a derecho.

- Un último aspecto en que la ley chilena se diferencia de las extranjeras es lo relacionado a la revocación. Mientras en otras legislaciones se señalan los motivos por los que la Administración puede revocar sus actos, como el interés público o mérito o conveniencia, la Ley N° 19.880 no señala ninguno. El artículo 61 faculta a la Administración para revocar sus actos sin expresión de causa, pero fijándole límites, entre los que se cuentan los derechos adquiridos de terceros. A diferencia de otras normas, aquí no se permite a la Administración revocar de todos modos el acto mientras se indemnice apropiadamente al afectado.
6. La mayor diferencia entre la doctrina nacional y la comparada, es el punto de partida del que comienzan a estudiar la presunción de legalidad. En Chile nació como consecuencia del control de legalidad y constitucionalidad que la Contraloría efectúa, y gracias a este control previo es que podía presumirse razonablemente que el acto administrativo no contenía ilegalidades o errores graves. Este es el fundamento desde el que parte la gran mayoría de la doctrina, de este control de legalidad realizado. Por su parte, la doctrina comparada inicia su construcción teórica a partir de una base diferente: los órganos públicos actúan dentro de la legalidad y es natural presumir que así sea. En Inglaterra, Alemania, Italia, Argentina o Brasil, se parte de esta premisa y es este el punto de partida desde el que se crean los controles a posteriori o se justifican las críticas. Es más, frente a esta presunción de corrección en el actuar del Estado en general, son pocos los autores que se manifestaron contrarios a ella. Aunque

Santamaría Pastor y especialmente Gordillo dedican fuertes palabras en contra, su postura es minoritaria dentro de los muchos autores que fueron estudiados.

La Ley N° 19.880 cambia la situación descrita para Chile, porque se pone a la par de la realidad mundial y presume que la Administración actúa dentro de la legalidad, aun cuando no exista un control de ésta por parte de la Contraloría en todos sus actos. El cambio no es tan novedoso a nivel nacional tampoco, porque el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, o la presunción de constitucionalidad de las leyes, en este sentido. Aunque la posición en contra de esta alternativa es minoritaria en el mundo, Eduardo Soto Kloss es el principal exponente en Chile. Y no es difícil entenderlo, considerando que todo acto administrativo goza de presunción de 'legalidad', aun cuando el acto adolezca de vicios que podrían dejarlo sin efecto con posterioridad, y ya no está enviada al importante control de Contraloría que permitía aceptar esta fuerza del acto con mayor confianza desde el punto de vista de los ciudadanos, por ser un control especializado realizado con posterioridad. Respecto a este punto, resulta muy importante destacar la postura de algunos autores nacionales, como Hugo Olguín, Mónica Madariaga o José Ignacio Martínez, quienes correctamente a mi juicio han enfatizado que esta es una presunción de eficacia y no de validez del acto, postura que vimos es la tomada en países como Alemania. No obstante, no debemos ignorar el hecho de que en todos los países estudiados de Latinoamérica, se continúa denominando 'presunción de legalidad' a este beneficio administrativo, a pesar de que pueden realizarse las mismas críticas que en el caso chileno.

7. La doctrina nacional no se ha ocupado mayormente de la presunción de legalidad. Aunque en la actualidad existen muchos más textos sobre el tema que los existentes al comienzo de las épocas estudiadas, son más altas las posibilidades de encontrar menciones del tema insertas dentro de otras materias. A pesar de que tampoco a nivel mundial es un tema estudiado acabadamente, nos encontramos en un estadio inferior de desarrollo doctrinario del que otros países presentan. Se habla muy poco de los medios de control que reemplazan a la toma de razón en la gran mayoría de los actos administrativos, de su eficacia y posibilidades de mejorarlos. No se ha hablado de la doble presunción de legalidad que se generaría en aquellos casos en que ésta surgiría en virtud del artículo 3 de la Ley N° 19.880 y de la toma de razón, así como de los

efectos que esto podría o no tener. No se ha discutido sobre la necesidad o conveniencia de asignar causas o motivos para que la Administración ejerza la facultad de revocar sus propios actos. No se han propuesto parámetros para que la Administración juzgue conveniente suspender la ejecución de sus actos, en virtud de su gravedad o irreversibles consecuencias. Como estos, son muchos más los aspectos en los que la doctrina nacional podría ahondar, siendo ésta una tarea pendiente para los diferentes autores.

8. A diferencia de otros países, en Chile no contamos con tribunales contencioso-administrativos. Son los tribunales ordinarios los encargados de resolver los litigios en los que la Administración se vea involucrada, contando la Corte Suprema incluso con una sala que se dedica al Derecho Público. No estimamos que la inexistencia de tribunales especializados desmejore la protección que los ciudadanos puedan gozar frente a eventuales abusos de la Administración, pero sí puede hacerlo el desconocimiento o falta de verdadero interés en el tema. Como vimos, son el Tribunal Constitucional y la Contraloría que entregan la jurisprudencia más relevante en la materia, con importantes precisiones, límites y efectivos controles. Como bien señala Mauricio Viñuela, muchos daños podrían evitarse si se permitiese declarar medidas cautelares en el proceso. Sólo el Poder Judicial puede tomar estas medidas y asumir el rol que la reforma constitucional que eliminó la referencia a los tribunales contencioso-administrativo pretendió asignarle. Si bien es un avance que los jueces de nuestro máximo tribunal conozcan suficientemente bien la ley como para respetar los efectos que la presunción de legalidad produce frente a los administrados y hacerlos valer, debemos reconocer que existe una gran diferencia entre una sentencia en la que el tribunal se limita a citar el artículo 3 de la Ley N° 19.880, y una en la que justifica su decisión usando los fundamentos que existen tras la norma legal, como lo hizo la Corte de Apelaciones de Temuco, en la sentencia rol 2.438 del año 2005. Una buena y nutrida jurisprudencia puede ayudar enormemente a que la Administración revise sus actuaciones y métodos, mejorando su gestión y siendo más cuidadosa a la hora de infringir derechos de los ciudadanos. La experiencia argentina así lo demuestra.

Por su parte, el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República presentan la otra cara de la moneda. Son muchos los fallos o dictámenes que presentaron interesantes puntos de estudio, cerraron discusiones o plantearon algunas

nuevas. Acotándose quizá a aspectos más limitados que los que conocen los tribunales, ambos órganos efectúan un estudio concienzudo y toman una decisión ofreciendo argumentos que permiten entender de mejor manera las diferentes instituciones estudiadas. Por ejemplo, la Contraloría ha sido enfática en señalar que la presunción de legalidad es meramente legal y que son varias las causas por las que se puede probar que el acto fue dictado en contravención a normas legales, como probar que existen antecedentes que no fueron considerados o que hay derechos de terceros que están siendo violentados. Respecto al Tribunal Constitucional, es muy importante resaltar que este órgano ya ha zanjado la disputa por la eventual inconstitucionalidad de la presunción de legalidad, pronunciándose por su concordancia con la Carta Fundamental.

9. Finalmente, estamos en condiciones de responder a las principales objeciones efectuadas por la doctrina, chilena y comparada, respecto a la existencia de la presunción de legalidad. En primer término, debemos señalar que coincidimos con el Tribunal Constitucional en que este privilegio administrativo no es un resabio monárquico que no se condice con un Estado de Derecho. Aunque puede ser discutible el fundamento de que los poderes públicos siempre actúan buscando el bien común, no es posible concebir que la presunción de legalidad sea dejada sin efecto. Si la Administración debiese probar la legalidad de cada acto que emita, llegaríamos al absurdo de probar un hecho negativo: que el acto no adolece de vicios. Si en sede civil estos hechos no necesitan de prueba, exigirlos a la Administración respecto de todos y cada uno de sus actos, no sólo resultaría injustificado y encarecería muchísimo su actuar, sino que además sería derechamente injusto. Si se presume la validez de las leyes dictadas por el parlamento y la validez de los actos jurídicos realizados por los particulares, debiendo probarse el vicio en cada caso, ¿por qué debemos tratar diferente a la Administración? Concebirlo de otro modo elevaría considerablemente los costos asociados a la actividad administrativa y no necesariamente lo haría más eficiente. La estructura actual de permitir al administrado participar de la formación del acto administrativo, e imponer la carga de accionar con posterioridad a la notificación o publicación del acto, parece ser la solución más adecuada, pues se iniciará un proceso sólo respecto de aquellos actos sobre los que se tengan dudas más o menos razonables sobre su legalidad y no respecto a todos los actos. Por lo demás, esta carga no es tan gravosa para el administrado como podría pensarse, pues como

bien lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia en Inglaterra, España o Argentina, no toda la prueba recaerá efectivamente en el demandante, sino que existen varios aspectos que no están cubiertos por la presunción de legalidad, como los motivos que llevaron a la Administración a actuar de determinada manera, los que deberán ser probados por ésta en las instancias pertinentes. Es más, mientras más evidente sea el error en el que incurre el acto administrativo, menos serán los puntos a probar por parte del demandante. Que la presunción de legalidad no afecte a los tribunales, legal ni moralmente, es fundamental para lograr el justo equilibrio entre la conveniencia de la mayoría, que necesita que la Administración actúe rápida y eficazmente, sin permitir que se violenten los derechos de las minorías que puedan verse afectados por las ilegalidades contenidas en un acto administrativo en particular.

10. Sobre la posibilidad de que la Administración deje sin efecto sus propios actos por ser tachados de ilegales en un acto posterior, podemos realizar varios comentarios. Las dos críticas que han sido formuladas por la doctrina al respecto son, en primer lugar, que la Administración gozaría de un privilegio que los ciudadanos no tendrían, que es estimar cuándo debe operar la presunción de legalidad y cuándo no y dejar sin efecto un acto a su propio arbitrio. Esto sería un atentado al derecho constitucional a la igualdad, que en Chile establece que no hay personas privilegiadas, lo que incluiría al Estado. Y la segunda crítica radica en que al efectuar este análisis de legalidad posterior, la Administración se erige en juez de sus propios actos, lo que tampoco resulta aceptable en un Estado de Derecho.

A pesar de lo graves que suenan estas críticas, la verdad es que fueron muy minoritarias dentro de los autores estudiados. El principal argumento para apoyar la facultad de invalidar de la Administración, radica en el principio de legalidad al que está sujeto su actuar, por lo que si posteriormente se descubre que existe una irregularidad en el acto, la Administración se encuentra obligada en virtud de este principio a corregirlo. Las diferencias que podemos encontrar, radican en los límites que la Administración debe respetar en el ejercicio de esta facultad. Estos pueden decir relación con el tiempo, con los derechos que terceros han adquirido, o las situaciones que se han consolidado. Y así tenemos una amplia gama de posibilidades de actuación, que van desde que mientras la causa sea la ilegalidad del acto, no existen límites, hasta la opción de considerar más importante la seguridad jurídica y mantener el acto dentro

del ordenamiento. Lo importante es que en todos los países estudiados la Administración cuenta con la facultad de volver sobre sus actos y dejarlos sin efecto en virtud de sus graves vicios. La razón es bastante clara y es que no parece concebible que aun cuando se haya constatado la ilegalidad de un acto, no se permita a la Administración arreglarlo de la forma más rápida y eficiente posible, en cumplimiento del principio de legalidad, pilar fundamental de todo Estado de Derecho. Acudir a tribunales cada vez que se busque lograr este efecto parece desmedido, lento y burocrático, especialmente si son errores frente a los cuales no cabe otra apreciación más que confirmar su ilegalidad. Lo importante es que los derechos de los ciudadanos que confiaron en las actuaciones del Estado y actuaron conforme a ellas se vean protegidos, pues muchas veces el remedio puede ser peor que la enfermedad. Y cada país opta de distinta forma por una solución frente a este problema, sea estableciendo como límite los derechos adquiridos por terceros, como el nuestro, indemnizar la legítima confianza del administrado que se ve afectado por la invalidación, como Alemania, o indemnizar los daños causados por ella, como España o Argentina.

11. Otra crítica muy repetida entre las que se realizan a la presunción de legalidad, es el margen de ilegalidad tolerada que ésta crea. Así, incluso los actos que presenten graves irregularidades son igualmente eficaces y deben ser cumplidos por las personas, hasta que la orden sea dejada sin efecto. Mientras exista al menos la apariencia de un acto, éste gozará de presunción de legalidad, aun cuando presente ilegalidades sancionadas con la nulidad o nulidad absoluta, según el país del que se trate, situación que cambiará sólo una vez sea declarada la nulidad del acto, sea por un tribunal o por la misma Administración.

No son pocos los autores que demuestran su contrariedad ante el hecho de que la anulabilidad o nulidad relativa sea la regla general ante los vicios de irregularidad por sobre la nulidad absoluta o ante la gran cantidad de técnicas creadas por el legislador para mantener el acto dentro del ordenamiento, como el saneamiento, conversión o la nulidad parcial. Para estos autores, todo esto no forma más que un campo de ilegalidad tolerada por la ley que les parece contrario al deber de actuar dentro de la legalidad que impone la Constitución, deber que sería absoluto y no admitiría ningún tipo de ilegalidad, por minúscula que ésta sea.

En Chile, esta discusión se centra en los artículos 6 y 7 de la Constitución. El artículo 7 inciso final señala que *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*. De acuerdo a algunos autores, la llamada ‘nulidad de derecho público’ es imprescriptible, insanable y opera de pleno derecho. Además de la presunción de legalidad, las facultades de invalidar, convalidar, convertir o rectificar un acto administrativo trasgredirían este artículo, pues el texto es claro y no establece opciones a la nulidad, como lo serían aquellas.

No es el objeto de este trabajo discutir sobre las características de la nulidad, pero podemos realizar varios comentarios al respecto.

En primer término, estamos de acuerdo con la Corte Suprema en que la sanción de nulidad es aplicable únicamente en el caso en que haya incumplimiento de lo ordenado en el mismo artículo 7, puesto que el inciso final señala *“que todo acto en contravención a este artículo es nulo”*, el que sólo contiene los siguientes elementos: investidura regular, competencia, en la forma prescrita por la ley y actuar dentro de las atribuciones y derechos que la Constitución y las leyes le confieren. En consecuencia, no cualquier contravención es sancionable con la nulidad de derecho público, sino que sólo aquellas contrarias a lo señalado en este artículo. Sólo esta manera de entender la sanción de la nulidad de derecho público permite evitar los eventuales conflictos de constitucionalidad que pueda presentar la presunción de legalidad además del conjunto de técnicas destinadas a mantener la vigencia de los actos dictados. Esta es la única interpretación que es coherente y respeta las normas existentes en distintos cuerpos legales, debiendo ser preferida por sobre aquella que nos obligaría a eliminar del ordenamiento importantes artículos de la Ley N° 19.880, los que han sido tan ampliamente utilizados que sería un serio atentado a la seguridad jurídica eliminarlos.

Como vimos, los vicios indicados en el artículo 7 de la Constitución son especialmente graves y en los que no cabe duda que debe ser aplicada la nulidad con todo el vigor que se le atribuye usualmente a la nulidad de derecho público. Afortunadamente así lo ha entendido también la Administración en su gran mayoría, y si un acto ilícito no es anulado, suele ser en virtud de la consideración de otras normas constitucionales, como el derecho a la propiedad que tiene toda persona en virtud del artículo 19 N° 24. Pero cualquier vicio menor, como los de forma u otras

irregularidades no decisivas en el fondo del asunto, no son sancionables en virtud de este artículo, sino de las normas generales de nulidad, como las contenidas en el Código Civil, las que permiten herramientas para conservar el acto y las que solicitan que el vicio que configura la nulidad sea probado.

Tanto en Chile como en el extranjero se ha entendido que no resulta conveniente para los intereses generales el decretar la nulidad de la totalidad del acto cada vez que este presente una irregularidad, especialmente si ésta no es importante o no influyó en la decisión tomada por la Administración. Si así fuera, en buena parte de los casos se estaría realizando dos veces el mismo trabajo, ralentizando el aparato estatal y el tráfico jurídico en general. Como también existe el deber de actuar de la manera más rápida y eficiente posible, debe encontrarse un punto de equilibrio entre los principios en posible colisión, debiendo ceder alguno en beneficio de los otros en algunas ocasiones, buscando siempre el mejor resultado posible. Afortunadamente así lo ha entendido también la ley a nivel mundial. No es posible justificar ante los mismos ciudadanos que por tratar de protegerlos de toda ilegalidad, las actuaciones esperadas de la Administración se demoren el doble cuando hubiese sido posible una solución mucho más expedita e igualmente satisfactoria, reservando la nulidad para aquellos casos especialmente graves.

12. La última objeción formulada es una eventual desigualdad ante la ley: la Administración goza de un importante privilegio que los particulares no tienen.

Primero, los particulares sí gozan de la presunción de legalidad de sus actos. El Código Civil establece que quien alega la nulidad del acto debe probarlo, que es en el fondo una presunción de legalidad de sus actos redactada en términos opuestos. Los deberes que se le imponen al administrado al recurrir en contra de un acto son los mismos que se le imponen cuando intenta dejar sin efecto un acto privado: acudir a tribunales y generar la prueba tendiente a acreditar su pretensión, de acuerdo a las reglas procedimentales generales. Así como el demandado podrá verse forzado a probar los hechos que justifiquen su actuar, la Administración podrá verse obligada a probar los antecedentes que la motivaron a tomar una decisión en determinado sentido. En términos procesales, no existe ninguna diferencia significativa entre uno y otro caso.

Y, en segundo término, a pesar de que el N° 2 del artículo 19 de la Constitución establece la igualdad ante la ley, respecto al Estado esta norma no goza de la misma fuerza que cuando se habla a nivel de particulares entre sí. La Administración está en posición desigual en varios ámbitos, sea favoreciéndola o gravándola. La diferencia más notoria entre el Estado y un ciudadano cualquiera, es que el Estado necesita siempre de una ley que lo habilite para actuar, a diferencia de un administrado, el que puede hacer cualquier cosa mientras no le esté prohibida expresamente. Otro aspecto en que la Administración se ve menos favorecida que las personas es la forma que deben revestir sus actos. De acuerdo al artículo 5 de la Ley N° 19.880, la Administración debe actuar siempre por escrito o por medios electrónicos. Los particulares no tienen esta restricción, siendo la consensualidad la regla general como modo de actuar en sus actos. Si existen restricciones a la forma en la que debe manifestarse el acto, es en virtud de la naturaleza del mismo, que exige mayor solemnidad, o por razones probatorias. En cambio, si un acto administrativo no consta por escrito no existe en caso alguno. Otra importante diferencia es de carácter económico. La Administración requiere de una ley anual que le destine fondos, y usarlos única y exclusivamente en la forma en que la ley de presupuestos los ha asignado. Los particulares gozan de mayor libertad, sin necesitar de habilitación alguna o que se les diga cómo y en qué gastar sus fondos. Y finalmente, la misma Constitución establece que el Estado debe actuar al servicio de la persona humana y para promover el bien común, y no en términos de igualdad con ellas. Todas y cada una de estas desigualdades no sólo no son criticadas por nadie, sino que son aceptadas y necesarias garantías propias de un Estado de Derecho, porque estas desigualdades son las que resguardan de mejor modo nuestros derechos como ciudadanos. ¿No resulta entonces igualmente necesario dotar de algunas facultades a los órganos públicos para que estos puedan cumplir los fines que la misma Constitución le asigna?

13. Como conclusión general debemos reafirmar la constitucionalidad de la norma que consagra la presunción de legalidad en Chile, así como su necesidad y utilidad. La presunción de legalidad permite un actuar más eficiente y expedito de la administración, contribuye a la seguridad jurídica y promueve así el bien común. Sostener la posición contraria acarrea consigo más daños que los que dicha

interpretación pretende solucionar, generando más perjuicios que protección a las mismas personas que dice querer proteger.

14. Hemos optado por terminar este trabajo con las palabras de Manuel Rebollo Puig sobre las críticas formuladas a la presunción de legalidad, pues coincidimos plenamente con ellas. *“Son críticas infundadas. Sobre todo porque no han visto en ella nada más que una prerrogativa de la Administración contra los ciudadanos y no una exigencia elemental de orden y seguridad que es, al mismo tiempo que un mandato para los administrados, un severo límite a la Administración, una garantía de los administrados que los pone al abrigo de las veleidades de la Administración sobre la validez de sus actos anteriores”*.³²⁸

³²⁸ REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., p. 637.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

Aguerreza Mella, Pedro. *Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley 19.880*. Artículo publicado en *Ley No. 19.880 sobre procedimientos administrativos: conferencias Santo Tomás de Aquino / organizada por la Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás*, 2003.

Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch, Casa Editorial, 1970.

Amunátegui y Rivera, José Domingo. *Tratado jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1907.

Aróstica Maldonado, Iván. *El trámite de toma de razón de los actos administrativos*, publicado en *Revista de Derecho Público*, Vol. 1991 (N° 49).

----- *Estado de derecho y nulidad de derecho público*. Artículo publicado en *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Beltrán Enrique (editor). Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001.

----- *¿Qué queda de la presunción de legalidad?*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 88 N° 1, 1991. p. 1 a 7.

Aylwin Azócar, Patricio. *Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria S.A., 1959.

Bandeira de Mello, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa. Universidad Nacional de México, 2006.

Barcelona Llop, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995.

Beladiez Rojo, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons, 1994.

Benoit, Francis-Paul. *El Derecho Administrativo francés*. Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

Bermejo Vera, José. *Derecho Administrativo Básico*. Editorial Thomson Civitas, 2005.

Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.

----- *Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?*, artículo publicado en “Revista de Derecho (Valdivia)”, Vol. XXIII, N° 1, Julio 2010.

Betancor Rodríguez, Andrés. *El acto ejecutivo*. Centro de estudios constitucionales, 1992.

Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina*. Librería y Editorial El Ateneo, 1947.

Blanquer, David. *Curso de Derecho Administrativo II*. Tirant lo Blanch, 2006.

Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas, 2002.

Bocanegra Sierra, Raúl y **García Luengo**, Javier. *La eficacia y la validez de los actos administrativos*, publicado en *Lecciones y materiales para el estudio de Derecho Administrativo*. Editorial Iustel, 2009.

Bocksang Hola, Gabriel, *La carga de la prueba en la nulidad de un acto administrativo*, en *Litigación Pública*, Abeledo Perrot, Santiago 2011.

Boquera Oliver, José María. *Estudios sobre el acto administración*. Editorial Civitas, 1990.

Caldera Delgado, Hugo. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile, 1971.

----- *El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación*. Editorial Jurídica de Chile, 1981

----- *Tratado de Derecho Administrativo*. Ediciones Parlamento Limitada, 2001.

Cano Campos, Tomás. *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*. Thomson Civitas, 2004.

Casetta, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, 2002.

Cassagne, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Abeledo Perrot, 1974.

----- *Derecho Administrativo. Tomo II*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006.

Cassese, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994.

Chapus, René. *Droit Administratif général*. Tome 1. Montchrestien, 2001.

Comadira, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo argentino*. Abeledo-Perrot, 1996.

----- *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*. Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2003.

Cordero Vega, Luis. *La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias*, intervención en el Panel sobre la Contraloría General de la República, en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, el 1 de diciembre de 2006.

----- *El control de la Administración del Estado*. Lexis Nexis, 2007.

Coscolluela Montaner, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas 1991.

Craig, Paul. *Administrative Law*. Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2008.

De Laubadère, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis, 1984.

De Vallés, Arnaldo. *Elementi di diritto amministrativo*. Padova: CEDAM, 1956.

Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, 1965.

----- *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I*. Editorial Plus Ultra, 1991.

Doménech Pascual, Gabriel. *La invalidez de los reglamentos*. Tirant lo blanc, 2001.

Dromi, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983.

Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I*. Editorial Tecnos, 1988.

Escola, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo. Vol. I. Ediciones Depalma, 1990*.

Esteve Pardo, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons, 2011.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *El principio de control en el ordenamiento jurídico chileno en la década 1990-2000*. Artículo publicado en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, R. Pantoja (coordinador). Editorial Jurídica Conosur-Universidad de Chile, 2000.

Fiorini, Bartolomé A. *Derecho Administrativo. Tomo I*. Abeledo Perrot, 1995.

Fleiner, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Labor, 1933.

Forsthoff, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Instituto de estudios políticos, 1958.

Gallego Anabitarte, Alfredo y **Menéndez Rexach**, Ángel. *Acto y Procedimiento Administrativo*. Marcial Pons, 2001.

Gamero Casado, Eduardo, y **Fernández Ramos**, Severiano. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, 2003.

García-Trevijano Fos, José Antonio. *Los actos administrativos*. Civitas, 1986.

García de Enterría, Eduardo, y **Fernández**, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas Ediciones, S.L., 2002

García Luengo, Javier. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Civitas, 2002.

Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, 1989.

Gaudemet, Yves. *Droit Administratif*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

Giannini, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

----- *Instituzioni di Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, 2000.

González Navarro, Francisco. *Derecho Administrativo español*, Tomo II. Editorial Eunsa, 1988.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Versión online disponible en <http://www.gordillo.com>.

Harlow, Carol y **Rawlings**, Richard. *Law and Administration*. Cambridge University Press, 2009.

Hauriou, Maurice. *Obra escogida*. Instituto de estudios administrativos. 1976.

Hutchinson, Tomás. *Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo*, artículo publicado en *Acto administrativo y Reglamento Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*. Ediciones Rap, 2001.

Iribarren, Juan Antonio. *Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases revisados por el profesor*. Imprenta Nascimento, 1935.

Italia, Vittorio, **Landi**, Guido y **Potenza**, Giuseppe. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, 2001.

Jara Cristi, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile, 1948.

Jara Schnettler, Jaime. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Editorial Libromar, 2004.

Jèze, Gastón. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Editorial Depalma, 1949.

Letelier Madariaga, Valentín. *Apuntaciones de Derecho Administrativo (Clase de don Valentín Letelier, 1904)*. Imprenta i Encuadernación Chile, 1907.

Letelier Wartenberg, Raúl. *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*. Editorial Civitas Thomson Reuters, 2011.

Madariaga Gutiérrez, Mónica. *Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, 1966.

----- *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*.
Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Editorial Abeledo Perrot, 1993.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas, 2007.

Martínez Estay, José Ignacio. *Algunas reflexiones sobre la nulidad de Derecho Administrativo*, Documento de Trabajo N° 56, Universidad de Los Andes, 2003.

Mateo, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trivium, 1992.

Maurer, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Marcial Pons, 2011

Maurin, André. *Derecho Administrativo francés*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán.* Ediciones Depalma, 1982.

Merino, Ernesto. *Derecho Administrativo: Apuntes profesor Ernesto Merino.* Imprenta Universitaria, 1936.

Merkel, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo.* Editorial Comares, 2004.

Moraga Klenner, Claudio. *Derecho Administrativo Chileno. Rolando Pantoja Bauzá Coordinador.* Editorial Porrúa, 2007.

----- *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado. Coordinador Rolando Pantoja.* Editorial Abeledo Perrot, 2010.

Morand- Deviller, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo.* Universidad Externado de Colombia, 2010.

Morrel Ocaña, Luis. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II.* Editorial Aranzadi, 1996.

Müller-Grun, Sven. *Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania.* Artículo publicado en *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina,* Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV.* Iustel, 2011.

Olguín Juárez, Hugo. *Extinción de los actos administrativos.* Editorial Jurídica de Chile, 1961.

Palma, Alejo. *Principios elementales de Derecho Administrativo chileno adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan de estudio i las teorías de varios autores.* Imprenta Nacional, 1859.

Parada, Ramón. *Derecho Administrativo.* Tomo I, Parte general. Editorial Marcial Pons, 1992.

Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Banch, 2007

Rajevic, Enrique y **Garcés**, María Fernanda. *Control de legalidad y procedimiento de toma de razón*, publicado en “Un mejor Estado para Chile Planificación, control y evaluación de la acción del Estado”, Consorcio para la Reforma del Estado, 2009

Ramos Acevedo, Jairo. *Cátedra de Derecho Administrativo. General y Colombiano*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Rebollo Puig, Manuel. *La presunción de validez*. Civitas. Revista española de Derecho Administrativo N° 128, 2005.

Rivero, Jean. *Derecho administrativo*. Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

Riveros de Gatica, Beatriz. *La presunción de legalidad del acto administrativo: el art. 3° de la Ley 19.880 de Procedimientos Administrativos a la luz de la Constitución de 1980*. Artículo publicado en *Ius Publicum N° 16, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás*, 2006.

Rodríguez R., Libardo. *Derecho Administrativo. General y colombiano*. Editorial Temis, 2008.

Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Editorial Tecnos, 2005.

Sánchez Torres, Carlos Ariel. *Acto administrativo. Teoría General*. Editorial Legis, 2004.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. II. Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1999.

----- *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*.
Instituto de estudios Administrativos. 1972

Santofimo, Jaime Orlando. *Acto administrativo. Procedimiento, eficacia, validez*. Universidad Externado de Colombia, 1994.

----- *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

Schmidt-Assmann, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons, 2003.

Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria S.A., 1959.

----- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, 1962.

----- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*. Editorial Jurídica de Chile, 1992.

----- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Soto Kloss, Eduardo. *La ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, "Aleluya" o "Miserere"?*, y *La noción del acto administrativo en el Derecho chileno, una perspectiva sustancial*, artículos publicados en *Ley N°. 19.880 sobre procedimientos administrativos: conferencias Santo Tomás de Aquino / organizada por la Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás*, 2003.

----- *Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de monarquías absolutas*. Artículo publicado en la *Gaceta Jurídica N° 366*, 2010.

Stober, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*. Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992.

Tomkins, Adam. *Public Law*. Oxford University Press, 2003.

Varas Contreras, Guillermo. *Derecho Administrativo*. Editorial Nascimento, 1948.

Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Aguilar, 1980.

Venn Dicey, Albert. *Introduction to the study of the law and of the Constitution*. MacMillan and Co., 1893.

Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo*. Editorial Temis S.A., 1987.

Vigorena Ramírez, Agustín. *Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria, 1942.

Villar Ezcurra, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo II*. Servicio publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1993.

Villar Palasí, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo II*. Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1993.

Viñuela Hojas, Mauricio. *La tutela cautelar de derechos ante la Administración: realidad chilena*. Artículo publicado en *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (Coordinadores). Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot, 2009.

Virga, Pietro. *Diritto Amministrativo*. Vol. II. Giuffrè Editore, 2001.

Weil, Prosper. *Derecho Administrativo*. Cuadernos Civitas, 1986.

Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*. Oxford University Press, 2000.

Zanobini, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Ediciones Arayu, 1954.

II. Jurisprudencia

1. Tribunal Constitucional

- Sentencia Rol 116, 1990.
- Sentencia Rol 309, 2000.
- Sentencia Rol 1.135, 2008
- Sentencia Rol 1.253, 2008.
- Sentencia Rol 1.345, 2009.

- Sentencia Rol 1.377, 2009.
- Sentencia Rol 1.518, 2009.
- Sentencia Rol 1.849, 2010.

2. Cortes de Apelaciones

- Sentencia Rol 635 del año 2005, Corte de Apelaciones de Arica.
- Sentencia Rol 545 del año 2007, Corte de Apelaciones de Arica.
- Sentencia Rol 73.434 del año 2008, Corte de Apelaciones de Iquique.
- Sentencia Rol 624 del año 2008, Corte de Apelaciones de Antofagasta.
- Sentencia Rol 639 del año 2009, Corte de Apelaciones de Antofagasta.
- Sentencia Rol 372 del año 2010, Corte de Apelaciones de Copiapó.
- Sentencia Rol 1.399 del año 2007, Corte de Apelaciones de La Serena.
- Sentencia de acción de protección de fecha 2 de marzo de 2011, Corte de Apelaciones de La Serena.
- Sentencia Rol 4.148 del año 2004, Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Sentencia Rol 317 del año 2008, Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Sentencia Rol 646 del año 2009, Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Sentencia en acción de ilegalidad de fecha 18 de agosto del año 2010, Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Sentencia Rol 186 del año 1990, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol 2.472 del año 1999, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol 3.139 del año 2000, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol 7.214 del año 2001, Corte de Apelaciones de Santiago.

- Sentencia Rol 7.676 del año 2008, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol 9.799 del año 2008, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol 10.355 del año 2008, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol 333 del año 2003, Corte de Apelaciones de San Miguel.
- Sentencia Rol 279 del año 2010, Corte de Apelaciones de San Miguel.
- Sentencia Rol 861 del año 2009, Corte de Apelaciones de Rancagua.
- Sentencia Rol 351 del año 2011, Corte de Apelaciones de Rancagua.
- Sentencia Rol 16 del año 2010, Corte de Apelaciones de Talca.
- Sentencia Rol 259 del año 2008, Corte de Apelaciones de Chillán.
- Sentencia Rol 166 del año 2009, Corte de Apelaciones de Chillán.
- Sentencia Rol 167 del año 2009, Corte de Apelaciones de Chillán.
- Sentencia Rol 160 del año 2009, Corte de Apelaciones de Chillán.
- Sentencia Rol 818 del año 2003, Corte de Apelaciones de Concepción.
- Sentencia Rol 403 del año 2006, Corte de Apelaciones de Concepción.
- Sentencia Rol 3.941 del año 2006, Corte de Apelaciones de Concepción.
- Sentencia Rol 232 del año 2010, Corte de Apelaciones de Concepción.
- Sentencia Rol 2.438 del año 2005, Corte de Apelaciones de Temuco.
- Sentencia Rol 271 del año 2010, Corte de Apelaciones de Temuco.
- Sentencia de acción de protección de fecha 15 de diciembre del año 2010, Corte de Apelaciones de Temuco.
- Sentencia Rol 24 del año 2005, Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

- Sentencia Rol 91 del año 2009, Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

3. Corte Suprema

- Sentencia Rol 5.599 del año 2001.
- Sentencia Rol 2.415 del año 2002.
- Sentencia Rol 232 del año 2004.
- Sentencia Rol 2.415 del año 2002.
- Sentencia de apelación de acción de protección de fecha 28 de febrero de 2006.
- Sentencia Rol 1.563 del año 2006.
- Sentencia Rol 4.438 del año 2006.
- Sentencia Rol 561 del año 2007.
- Sentencia Rol 1.428 del año 2007.
- Sentencia Rol 4.435 del año 2008.
- Sentencia Rol 7.037 del año 2008.
- Sentencia Rol 4.533 del año 2009.
- Sentencia Rol 6.349 del año 2009.
- Sentencia Rol 1.448 del año 2011.
- Sentencia Rol 1.608 del año 2011.
- Sentencia Rol 3.573 del año 2011.
- Sentencia Rol 3.575 del año 2011.
- Sentencia Rol 4.787 del año 2011.
- Sentencia Rol 6.060 del año 2011.

4. Dictámenes de la Contraloría General de la República

1.589/1957, 18.198/1958, 74.836/1959, 83.485/1960, 23.190/1961, 38.160/1962, 18.562/1963, 49.825/1964, 79.581/1964, 11.918/1965, 16.816/1965, 21.558/1965, 35.525/1966, 38.907/1966, 64.923/1966, 82.374/1966, 7.091/1967, 16.834/1967, 29.711/1967, 72.115/1967, 25.972/1968, 78.323/1968, 24.049/1969, 67.420/1969, 13.542/1971, 16.506/1971, 92.080/1971, 11.703/1972, 12.023/1972, 33.694/1972, 8.099/1973, 15.613/1975, 11.191/1976, 43.948/1976, 65.403/1976, 84.224/1976, 6.552/1977, 68.948/1977, 15.393/1978, 2.919/1981, 21.464/1981, 1.522/1983, 15.131/1983, 21.223/1983, 21.409/1984, 22.730/1984, 26.054/1984, 18.959/1986, 26.121/1986, 4.186/1987, 5.856/1987, 18.785/1987, 27.751/1987, 30.916/1987, 32.738/1987, 6.067/1988, 6.455/1988, 22.759/1988, 29.922/1988, 38.265/1988, 1.667/1989, 6.511/1990, 12.174/1990, 17.799/1990, 5.156/1991, 23.255/1991, 24.429/1991, 7.606/1992, 7.683/1992, 14.700/1992, 15.369/1992, 30.117/1993, 10.677/1994, 21.785/1994, 29.215/1995, 33.408/1995, 38.968/1995, 10.239/1996, 14.731/1996, 29.660/1996, 36.095/1996, 1.503/1997, 3.093/1997, 16.110/1997, 26.637/1997, 37.211/1997, 39.092/1997, 435/1998, 2.091/1998, 8.863/1998, 49.073/1998, 10.521/1999, 15.670/1999, 18.815/1999, 2.743/2000, 7.740/2000, 19.572/2000, 41.817/2000, 44.780/2000, 2.092/2001, 20.340/2001, 11.676/2002, 13.209/2002, 16.433/2002, 18.905/2002, 52.278/2002, 53.692/2002, 80/2003, 6.494/2003, 26.025/2003, 32.350/2003, 34.748/2003, 47.717/2003, 52.731/2003, 57.288/2003, 9.356/2004, 13.897/2004, 14.704/2004, 15.657/2004, 25.117/2004, 27.752/2004, 34.186/2004, 36.027/2004, 49.883/2004, 53.012/2004, 61.327/2004, 44.041/2005, 56.377/2005, 57.151/2005, 9.491/2006, 9.695/2006, 11.720/2006, 19.201/2006, 22.446/2006, 29.826/2006, 31.951/2006, 32.507/2006, 35.617/2006, 35.883/2006, 36.281/2006, 42.451/2006, 42.489/2006, 50.338/2006, 53.858/2006, 55.799/2006, 61.420/2006, 117/2007, 7.355/2007, 8.449/2007, 9.161/2007, 11.187/2007, 14.441/2007, 19.235/2007, 24.417/2007, 31.936/2007, 34.314/2007, 34.531/2007, 44.821/2007, 46.986/2007, 57.974/2007, 560/2008, 15.329/2008, 30.758/2008, 33.537/2008, 37.377/2008, 42.089/2008, 45.927/2008, 49.531/2008, 50.888/2008, 59.578/2008, 8.221/2009, 11.733/2009, 22.127/2009, 22.790/2009, 38.102/2009, 40.319/2009, 47.435/2009, 53.875/2009, 64.232/2009, 68.127/2009, 2.081/2010, 6.579/2010, 16.562/2010, 19.938/2010, 23.935/2010, 26.435/2010, 29.335/2010, 39.979/2010, 44.401/2010, 44.560/2010, 57.284/2010, 57.602/2010, 61.570/2010, 66.207/2010, 73.055/2010, 74.741/2010, 80.169/2010, 366/2011, 577/2011, 2.193/2011, 2.324/2011, 2.986/2011, 4.212/2011, 4.617/2011, 5.235/2011, 10.120/2011, 12.937/2011, 19.397/2011, 21.437/2011, 29.013/2011, 32.881/2011, 34.293/2011, 38.395/2011, 50.109/2011, 52.771/2011.

III. Textos legales

- Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- Verwaltungsverfahrensgesetz.
- Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.
- Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.
- Código Contencioso Administrativo.
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
- Decreto Ley de Procedimiento Administrativo.