

Minuta Proyecto de Ley que declara la nulidad de la Ley N° 20.657, que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones

(Boletín N° 10527-07)¹

1. Estado de Derecho y nulidad de derecho público

- En sesión 105a, de la Sala de la H. Cámara de Diputados, celebrada el 24 de noviembre de 2020, el diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, don Hugo Gutiérrez declaró que la idea matriz o fundamental del proyecto que hoy nos convoca consistía en declarar insanablemente nula la Ley N° 20.657, modificatoria de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura y sus modificaciones.
- La razón que fundamentó esa iniciativa, suscrita por varios señores diputados y señoras diputadas, se funda en que la referida Ley N° 20.657 habría sido aprobada con contravención, por parte de algunos parlamentarios, del principio constitucional de probidad, recogido en su artículo 8° y, en el caso específico de los parlamentarios, en los artículos 5 A y 5 B de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Ello, sin perjuicio de contener, dicha iniciativa, algunas consideraciones adicionales en orden a los problemas que habría importado la vigencia de la ley cuestionada desde el punto de vista sustantivo.
- El “vicio” constitutivo de la infracción a la probidad habría consistido en favorecer los intereses de determinadas empresas ligadas a la industria pesquera a cambio de favores económicos.
- En base a la idea matriz del proyecto de ley que se examina, el gran debate que tiene pendiente el H. Congreso Nacional tiene que ver con las

¹ Intervención de la profesora Marisol Peña Torres, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la sesión especial mixta de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara de Diputados. 16 de agosto de 2021.

consecuencias de la aprobación de una ley que ha sido discutida y aprobada con infracción de un principio constitucional -el de probidad-.

- Lo primero que cabe observar es que, en el caso del principio de probidad, la Constitución no ha efectuado un encargo específico al legislador para desarrollarlo, a excepción de lo que se refiere a la exigencia de efectuar declaraciones de patrimonio e intereses y de regular los conflictos de intereses a través de la institución del “fideicomiso ciego” u otras medidas apropiadas, mediante una ley orgánica constitucional (Art. 8º, incisos tercero y cuarto, CPR). Pero no hace alusión a sanciones específicas.
- En consecuencia, desde la hermenéutica constitucional más simple, **las consecuencias de la infracción al principio de la probidad no acarrearán la nulidad de los actos en que se haya presentado el vicio**, en este caso de la ley N° 20.657, sin perjuicio de las responsabilidades penales y funcionarias de los responsables. Esto no significa que si se determina que una ley ha sido aprobada con infracción a un principio recogido explícitamente en la Constitución, dicha ley pueda ser declarada inconstitucional, lo que no es lo mismo que declararla nula. Y ésta sería una inconstitucionalidad de fondo y no de forma.
- El texto del inciso final del artículo 7º constitucional es inequívoco: *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”* Así, la nulidad es la consecuencia necesaria a la infracción solamente de los supuestos que dicho artículo contempla en sus dos primeros incisos: a) Los requisitos de validez para la actuación de los órganos del Estado (investidura regular del órgano, competencia y ajuste a las formas que exija la ley), y b) El principio de clausura del derecho público según el cual *“ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”*
- Entendiendo que los mencionados son los únicos dos supuestos que autorizan a declarar la nulidad de un acto, ningún otro supuesto, aunque tenga raigambre constitucional -como el principio democrático- autoriza a declarar la nulidad de la ley, porque la nulidad, en cuanto sanción jurídica que priva de efectos a un acto, es de interpretación estricta y, por ende, no puede ampliar sus supuestos a otros que no hayan sido expresamente contemplados en la misma norma constitucional que la instituye. Dicho de otra forma, el principio constitucional que sirve de “continente” a la nulidad (conocida como “de derecho público” por la doctrina y la jurisprudencia) es el del Estado de Derecho y no otros, cuyas consecuencias jurídicas, son diferentes.

En el caso de la infracción al principio democrático tendremos el veto popular de ley, la revocatoria del mandato y la responsabilidad política acreditada por medio de una acusación constitucional, pero no la nulidad del acto.

- No puede llegarse a otra conclusión en un sistema de competencias expresas - y no implícitas- como el que ha escogido el sistema constitucional chileno hasta el día de hoy. Y **es muy distinto hablar de competencias “implícitas” que de “derechos implícitos”**, porque en materia de competencias tenemos una norma constitucional expresa -la del inciso segundo del artículo 7° constitucional- mientras que los derechos “implícitos” se han desarrollado por los tribunales bajo la inspiración del principio *pro homine o favor persona* que lleva al intérprete -jurisdiccional- a maximizar la esfera de protección de **un derecho ya existente** para potenciar el valor de la dignidad humana.

2. ¿Nulidad declarada por el legisladoro inconstitucionalidad de la Ley 20.657?

- La imposibilidad de declarar la nulidad de una ley por infracción al principio constitucional de probidad no sólo fluye de un análisis sistémico de las disposiciones contempladas en las Bases de la Institucionalidad, sino que de la doctrina más autorizada representada, en este caso, por los profesores Gonzalo García y Pablo Contreras, quienes muchos años después de don Eduardo Soto Kloss, han sostenido que la nulidad de derecho público no procede respecto de leyes y preceptos legales como tampoco de sentencias judiciales.² En el primer caso, el vicio se transforma en una cuestión de constitucionalidad que debe ser declarada por el Tribunal Constitucional. En el segundo caso, existen nulidades específicas que se articulan a través de los recursos procesales correspondientes.
- En el caso de las leyes, la razón es más simple de lo que parece. En este primer trámite constitucional se ha dicho que ninguna norma constitucional faculta al legislador para declarar la nulidad de una ley dictada por el mismo. Y eso es cierto, pero más contundente que aquello es que un vicio que no es simplemente legal, sino que de constitucionalidad, como la infracción al principio de probidad, configura un desconocimiento a la supremacía constitucional cuyo custodio es, hasta hoy en Chile, el Tribunal Constitucional.

² García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2014). Diccionario Constitucional Chileno. Tribunal Constitucional de Chile, p. 674.

- Por lo demás, en la concepción kelseniana, el vicio de inconstitucionalidad genera la potestad de “anulabilidad” del Tribunal Constitucional en el sentido de restarle valor a aquella norma legal aprobada en contravención a los valores, principios y reglas constitucionales. Esa es la esencia del rol clásico de las Cortes Constitucionales como “legisladores negativos” y colaboradores, por lo mismo, de la obra del legislador.³ Por lo demás, Kelsen destaca que es el propio principio de separación de poderes (o funciones) del Estado el que aconseja que la declaración de nulidad no sea efectuada por el mismo órgano que produjo el acto.
- La pregunta que subsiste es si el legislador debe permanecer inerte frente a una ley gestada en condiciones que no sólo serían de ilegitimidad democrática, sino que de clara infracción a la Constitución.
- La respuesta a esa interrogante es claramente negativa: el legislador puede enmendar el grave defecto que tendría la Ley N° 20.657 mediante la dictación de una ley que derogara la anterior. De esta manera se cumple un principio básico en materia de fuentes del derecho: que las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen. La derogación, en este caso, es plenamente aplicable porque precisamente opera respecto de normas jurídicas que están situadas en un mismo nivel en el sistema de fuentes del derecho (dos leyes). Y el mismo legislador puede modular los efectos que se producirán como consecuencia de la derogación de la ley teniendo presente los principios contenidos en la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.
- Cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una ley, la misma Carta Fundamental se encarga de precisar que el precepto se entenderá “derogado” desde que se publique en el Diario Oficial la sentencia que acoja el reclamo agregando que “no producirá efecto retroactivo” (Art. 94, inciso tercero, CPR), esto es, no afecta la validez de las situaciones que se hayan producido bajo el imperio de la norma cuestionada. Es un efecto hacia futuro que se concilia con el principio de la “confianza legítima” en el actuar de los órganos de la Administración del Estado (concesión de licencias transables de pesca).

3. Nuestra conclusión

³ Kelsen, Hans (2008). La garantía jurisdiccional de la Constitución. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 20, julio-diciembre, pp. 3-46.

- El Congreso Nacional no puede dictar una ley que “anule” la Ley N° 20.657 por adolecer de un vicio en su dictación vinculado a la infracción del principio constitucional de probidad.

- Ello le está prohibido:
 - 1) Por el principio de separación de poderes expresamente recogido en el artículo 7° inciso segundo de la Constitución que exige que el control de los actos del legislador quede confiado a un órgano externo, particularmente cuando se encuentra comprometida la supremacía constitucional.
 - 2) Porque no se le ha conferido una competencia expresa en la Constitución a este efecto, de modo que un actuar diferente vulnera el artículo 7° inciso segundo de la CPR, en un sistema constitucional que es de competencias expresas y no implícitas.
 - 3) Porque la “nulidad de derecho público” no es una consecuencia prevista, en la propia Constitución, para la infracción del principio de probidad.