

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 20 / 2002

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Joaquín García-Huidobro, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, este volumen contiene una sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vicepresidente de la corporación, Antonio Bascañán Valdés, con ocasión de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

140. Dato caduco se encuentra definido en el artículo 2 letra d) como el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que con-
signa.
141. Conviene advertir, sin embargo, que, al menos en el caso de la modificación, los costos de acreditar que los datos personales son erróneos, inexactos equívocos o incompletos recaen sobre el titular de dichos datos. Así se desprende de la lectura del inciso 2º del artículo 12.
142. En la práctica ambos mecanismos dejan un amplio espacio de maniobra a quien solicita la información para recolectar direcciones de correo electrónico y luego utilizarlas para enviar comunicaciones comerciales no deseadas.
143. No obstante ello, no existe ningún problema para un proveedor de servicios de Internet chileno en contratar los servicios de uno de estos servicios extranjeros.
144. Según un informe publicado por ACUI en junio de 2000, el 70% de los sitios web que operan en Chile no cuentan con políticas de privacidad. El 100% de los sitios analizados recogen datos y los utilizan para hacer marketing a través de Internet. Ver <http://www.acuicertifica.org/noticias/noti3.shtml>. Visitado 04/04/2002.
145. Según El Mercurio los mensajes electrónicos comerciales costarían a los chilenos actualmente US \$ 36.000.000. Ver *Mensajes electrónicos comerciales cuestan US \$ 36 millones a los chilenos*. 13 de mayo de 2002. Disponible en http://www.emol.com/noticias/detalle/detalle_noticia.asp?idnoticia=85140. Visitado 13/05/2002.

P O N E N C I A S *

* En esta sección se incluyen las ponencias presentadas en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, precedidas del discurso inaugural del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Antonio Pedrals, leído en la sesión inaugural, el 18 de octubre de 2002.

¿LEGALIDAD EN ENTREDICHO?: COMENTARIOS SOBRE
DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

CARLOS A. SALINAS BRUZZONE *

A. *Advertencia preliminar*

Pudiera advertirse, en una aproximación temprana, y conforme al título de este trabajo, que se pretende hacer un desarrollo de un tema que asiste e interesa mayormente a quienes, de alguna forma, integramos y estudiamos el derecho público, y en particular el derecho administrativo. Más, cabe hacer una advertencia necesaria: Si bien es válida dicha afirmación, el enfoque que se persigue a través de estas líneas es una mirada en perspectiva con relación al operador jurídico, administración u órgano administrativo, pero en su vertiente más amplia, en aquello que trasciende de lo propio de dicho campo de estudio y se proyecta, en nuestra opinión, en el frondoso y nutrido campo de las ciencias generales del derecho, y desde aquí, en la filosofía del derecho.

En este acercamiento, preliminar por cierto, las luces se han puesto en el quehacer de la administración, propiamente ejecutora, que, enfrentada a la norma que le incumbe, ordena, regula su acción o le vincula, debe actuar en un halo de *incertidumbre*, que la propia

* Abogado. Académico, Universidad de Valparaíso, Universidad Andrés Bello.

ley le ordena completar y, desde esta perspectiva, que él como administrador debe compensar, a los efectos que la norma, el acto o la actuación se sustente y alcance la finalidad que se tuvo en vistas para su dictación.

No se pretende, con todo, y estamos lejos de pretenderlo, un análisis de un punto en particular. Se ha optado, concientemente, por un enfoque sistemático de ciertos temas que, a nuestro parecer, resultan relevantes con relación al tema en cuestión. Por tanto, se ha privilegiado un desarrollo más bien horizontal que la verticalidad en el tratamiento de este tema. Es pues un trabajo limitado, sin más pretensiones que plantear un enfoque respecto de la actuación administrativa en su aspecto macro, vinculada a la discrecionalidad en la toma de decisiones.

En otros términos, el enfoque es sobre la actuación misma del órgano administrador, si se quiere, y permítaseme la figura, lo que se pretende es que, en un ejercicio intelectual por cierto, nos sentemos por un momento al escritorio del órgano administrativo con el objeto no de actuar sino que de analizar desde dentro, el desenvolvimiento de su actuación con relación al tema que nos convoca.

Se trata, desde esta perspectiva, de un análisis que, a nuestro parecer es interno en un doble aspecto: primero, y según anticipamos, por cuanto pretendemos inmiscuirnos en la actuación íntima de la administración, y en cuanto ella se ve enfrentada al ejercicio de potestades discrecionales. En un segundo aspecto, es interno, por cuanto el razonamiento se realizará por quienes participamos de la actividad jurídica, esto es, en un análisis de quienes, algunos más otros menos, ejercemos al derecho como profesión.

Esta y no otra, será la perspectiva de análisis que nos convocará seguidamente.

B. *Perspectiva General*

Como bien sabemos, el estado se vale de órganos para el cumplimiento de la función que le es encomendada por la sociedad. Esta situación responde a la llamada separación de poderes, herramienta que fue concebida como un mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración absoluta del poder, garantizando de paso la

libertad de los ciudadanos (1). Así, existe un órgano legislativo, llamado a legislar, un órgano o función jurisdiccional llamado a resolver los conflictos de naturaleza jurisdicción, y un órgano ejecutivo, llamado a administrar.

Todos estos órganos, en cada una de sus funciones privativas, son llamados a ejercer su función con apego a la ley que lo vincula y en último término a la constitución que lo restringe.

En uno y otro ámbito del ejercicio del poder del Estado, se plantean disyuntivas que resulta necesarias de aclarar, o, por lo menos, de considerar.

Así, Vg., respecto de la función jurisdiccional, se ha planteado, desde siempre, la disyuntiva entre la legalidad y la justicia, sin que, al respecto, se haya arribado a una única o concertada solución. Más allá de las disquisiciones doctrinales que ha presentado este punto, nuestros máximos tribunales se han manifestado un apego irrestricto a la norma legal, cuestión que ha significado, un sacrificio de la justicia, a la vez que un divorcio entre la ley, el derecho y la justicia, salvo algunas contadas excepciones.

Considérese, en este punto y por un instante la labor de la administración que, enfrentada a una norma, e igualmente constreñida a respetar la legalidad que informa las actuaciones en el ámbito del derecho público, no sólo debe interpretar sino que debe compensar y aplicar, a su prudencia, al caso o casos concretos que correspondan: ¿Cuál debe ser el criterio que informe esta decisión? ¿Tiene una libertad absoluta de decisión? O por su parte ¿Encuentra límites a su actuación? Seguidamente ¿cómo ha actuado la administración frente a la disyuntiva? Y, por último, ¿Qué consecuencias se han derivado de su actuación o decisión?

En la actividad de la judicatura, se produce una tensión entre lo que resulta ser propiamente legal y lo que se estima como

1. No se pretende, en este apartado, efectuar una apología o propugnar un debilitamiento de esta teoría. Entrar en dicho análisis escapa del fin de este trabajo. Sobre el análisis de la vigencia y decaimiento de la teoría de la separación de los poderes, véase la interesante obra del catedrático español Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Teoría Constitucional*, Editorial Jurídica Cosur, 1998.

justo. Esto, que involucra necesariamente a cada órgano llamado a ejercer funciones jurisdiccionales, y llamados a conocer de los conflictos que se les sometan a su conocimiento, se enmarca, como podrán ustedes anticiparlo, en el debate ético del ejercicio de la función jurisdiccional⁽²⁾. Ahora bien: Si respecto a la función jurisdiccional el núcleo de tensión se halla en la fórmula legalidad/justicia, respecto del órgano administrativo el conflicto se manifiesta en la fórmula legalidad/discrecionalidad, donde el fin último de la actuación administrativa, no es propiamente la justicia, estricto sensu, sino que el cumplimiento del objetivo o la finalidad que se tuvo en vistas a la dictación del acto, de la norma o de la prescripción administrativa, o sea, podríamos decir, el bien común.

C. Supuestos de actuación

Un adecuado análisis de la discrecionalidad, nos exige, si quiera brevemente, mencionar y considerar el marco teórico institucional en el que se desarrolla la actividad administrativa. Se trata, por tanto, de una serie de situaciones jurídicas y sociológicas en los que se desenvuelve el órgano llamado a ejercer facultades discrecionales.

Dichos factores a saber, son:

- C.1. *El Estado de derecho.*
- C.2. *El principio de legalidad.*
- C.3. *Tradición legalista del Derecho nacional.*

Respecto de este último aspecto, baste con señalar que Chile se adscribe en el marco de una tradición legalista. Ello ha significado asistir, ya desde hace algunos años, a una supremacía —exagerada, en nuestra opinión— de la ley como fuente del derecho. Se ha sustentado de esta forma, nuestro sistema jurídico sobre la supremacía legal, hecho que encuentra su advenimiento a partir del fenómeno de la codificación que nuestro país incorporó siguiendo la tra-

2. Al respecto, puede verse el trabajo de doña Paulina Gómez Barbosa, *El hecho de la ética en el ejercicio de la Función Judicial*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Número 16, 1998, Edeval.

dición continental europea, la que a su vez surge del influjo del ius naturalismo racionalista⁽³⁾.

La voz legalismo, dirá el profesor Topasio Ferreti, encuentra su origen en tradición o tendencia codificadora, deudora de la tradición del Ius naturalismo racionalista, y que se patentiza en los denominados Códigos. Dichos cuerpos legales tuvieron por objeto no sólo una racional exposición del material jurídico, sino que se orientan a exponer una rama o disciplina jurídica en forma completa, de modo que nada quede fuera de tratamiento⁽⁴⁾. Desde esta perspectiva, continúa este autor, en el fondo del pensamiento racionalista e ilustrado había una convicción: que la solución aplicable a todos los casos concretos que se presentaren en la vida práctica, podían inferirse de los preceptos de los códigos mediante un razonamiento lógico deductivo⁽⁵⁾.

D. La Discrecionalidad del órgano Administrador en Chile

D.1. Acercamiento a una definición.

La expresión Discrecionalidad proviene del término Discreción. Dicho vocablo nos lleva a pensar en mesura, tacto, reserva, finura.

3. Este fenómeno encuentra su antecedente, por cierto, en las grandes revoluciones libertarias de 1776 y 1789 que impusieron en el mundo europeo y luego en el latinoamericano los grandes principios políticos del mundo moderno. Frente al estado absoluto reivindicaron la individualidad y exaltaron la libertad y la propiedad, y para proteger estos nuevos valores postularon e instauraron un régimen político basado en la soberanía nacional, residente en la nación, en la delegación de su ejercicio en las autoridades que la constitución establecía y en el régimen de autoridades basado en la separación de los poderes única forma de garantizar la libertad y la propiedad privada. Como afirma el profesor Pantoja, en el ámbito del derecho, este fenómeno se plasma en la tendencia codificadora. Pantoja B., Rolando, *El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994. En esta misma línea Topasio F., Aldo, Op. Cit., p. 111.

4. Topasio F., Aldo, *Historia del Derecho*, Editorial Edeval, Chile, colección Cursos, página 123.

5. Ib. Idem, p. 123.

A su vez deriva de *discrecio* que no es sino discernir, cernir, cribar, pasar por un cedazo, vale decir, distinguir con exactitud, seleccionar entre lo bueno y lo malo. Constituye, por tanto, un acto propio de la razón.

Discreción no es sino otro nombre de prudencia; discrecionalidad no es sino prudencial y discrecionalidad es sinónimo de prudencialidad.

La arbitrariedad, en su alcance subjetivo, alude a aquel que, en sus decisiones, actúa conforme a su capricho, vale decir, aquel que en la toma de decisiones accede a ellas sin fundamento, y de manera repentina. Según lo dicho convengamos desde ya en lo siguiente: Actuar discrecionalmente no significa actuar arbitrariamente. Actuar arbitrariamente es, como hemos anticipado, actuar conforme al arbitrio, al capricho. Desde luego que, desde esta perspectiva, la actividad discrecional que le asiste a la administración no puede ser una actividad en que predomina el antojo o empeño del operador, máxime cuando se trata de un órgano que actúa investido legalmente de potestades públicas⁽⁶⁾. Es de esta perspectiva que el órgano público sólo actúa discrecionalmente en la medida que, actúa con moderación y con respeto a los límites que analizaremos seguidamente. Si eventualmente actuara en forma arbitraria, sensu estricto, su actuación sería contraria a derecho, y desde esa situación, devengaría responsabilidad para el Estado.

Con todo volvamos brevemente a la noción que nos convoca: La discrecionalidad ha sido concebida por los administrativistas, como el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la administración, para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales a los fines y medios pre-

6. En efecto, no debemos perder de vista el hecho, fundamental por cierto, que el órgano administrativo, que actúa a través de una persona física, es el que, en definitiva ejecuta, interpreta y ejerce sus prerrogativas, por lo que, desde esta perspectiva, y como tal órgano público, debe orientar su actuación al cumplimiento del fin que persigue el acto y, en último término, a la satisfacción del bien común.

vistos en ella⁽⁷⁾. Otros se inclinan a señalar que la discrecionalidad, y por ende, el poder discrecional, consiste en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir qué es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho⁽⁸⁾. Mas en nuestra opinión, la discrecionalidad no puede, con mucho, ser concebida como una libre apreciación sin sujeción alguna. Según tendremos ocasión de exponer, el ejercicio de la misma encuentra límites y, desde esta perspectiva, exige algo más que una simple elección entre una gama de posibilidades todas aparentemente válidas.

La discrecionalidad, en síntesis, es la libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos —que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública— la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad. No es sino el margen de libertad otorgado por el Derecho para utilizarse por los medios que éste confiere con el objeto de obtener un fin que el derecho ha preestablecido, como es satisfacer una necesidad pública⁽⁹⁾.

D.2. Necesidad o de la importancia de la discrecionalidad administrativa. La ley como fundamento de los poderes discrecionales.

La discrecionalidad constituye un elemento que reafirma la na-

7. Cea Egaña, José Luis, *Hermenéutica Constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*, Revista Chilena del Derecho, Volumen 11, 1984.

8. Pierry Arrau, Pedro, *Control de la Discrecionalidad Administrativa*, Revista de los Jueces, año 18, 1987.

9. "Pero esa libertad, como hemos señalado, no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que, por una parte, de suyo la libertad supone una ley previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecue a ella o no, y por la otra, no puede olvidarse que ningún órgano del estado puede actuar, sino en la medida en que la ley o la constitución se lo autorice...". Las palabras son del profesor Soto Kloss, Eduardo, contenidas en *Discrecionalidad Administrativa*, Editorial Jurídica Conosur, 2000.

turalidad misma de la ley, en tanto cuanto ésta es una norma de carácter general y abstracta.

La discrecionalidad, creemos, constituye en sí misma la manifestación patente de una renuncia: la renuncia que hace el legislador, frente a determinadas situaciones de dar por sí, la solución, la respuesta, el precepto vinculante, la fórmula de aplicación final. Es, desde esta perspectiva, un reconocimiento de su propia limitación: la que le impide regular cada situación con un margen pleno de certeza. Si por una parte la ley tiene pretensiones de generalidad y universalidad, dicha pretensión que es la esencia misma de la ley, hipoteca su posibilidad de entrar, con visión microscópica, al análisis de la situación concreta y de la solución concreta ⁽¹⁰⁾.

Ante los poderes discrecionales que asisten a las administraciones estaríamos en un supuesto de remisión legal. Más, si bien en ella (la potestad discrecional), el órgano no tiene predeterminada su conducta, como ocurre en las potestades regladas, ello no es óbice para no respetar los límites sustanciales y formales establecidos en el ordenamiento jurídico dado ⁽¹¹⁾.

Hemos decantado la noción de discrecionalidad y de paso, se ha reconocido que ella responde a una necesidad y renuncia que eje-

10. "La misión de la ley es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en sus consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia...". Desde esta perspectiva, sentencia Portalis "multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces...". Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Jean Etienne-Marie Portalis. Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*. Edeval, Valparaíso, Chile, 1978, citado por Topasio, Op. Cit., página 125 y ss.

11. García de Enterría y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1977. Si en las potestades regladas el órgano tiene que recorrer un camino ya trazado por la norma legal, no existiendo posibilidad alguna de desviarse de aquel, en el ejercicio de las potestades discrecionales posee varias alternativas, pero deberá optar entre por aquella que, conforme a la finalidad del acto, los principios que informan la materia de que se trata, y los principios que informan el derecho administrativo en general, se condice con mayor grado de exactitud con la norma que alcanza.

cuta la ley a los efectos que sea el propio órgano administrativo, más directamente vinculado a la realidad llamada a regular, aplique la disposición al caso concreto.

D.3. *Naturaleza y fundamento de la discrecionalidad en el ejercicio por el órgano administrativo. La ley como norma general y abstracta. De la textura abierta de las normas a la discrecionalidad administrativa.*

Hemos anticipado que la ley es una norma de carácter general, abstracta y obligatoria. De acuerdo a la definición del código civil (artículo 1º) y de la Constitución Política (artículo 60 Nº 20), la ley es aquella norma que emanada de la voluntad soberana, y en la forma que prescribe la constitución, dispone órdenes, prohibiciones, o permisos, con carácter general, estatuyendo las bases de un ordenamiento jurídico.

Constituye, desde esta perspectiva, un enunciado lingüístico, que, en cuanto tal encierra y conlleva en sí misma una carga.

En efecto, las normas con pretensión de generalidad y abstracción, esto es, de ser susceptible de incorporar en su interior una situación general, no específica, cargan con un halo de incertidumbre, de falta de certeza, precio que deben pagar por el uso de términos clasificatorios generales. Tendrán lo que se ha denominado una textura abierta ⁽¹²⁾.

Esta situación constituye una consecuencia ineludible de los enunciados con pretensión de generalidad y, desde allí, un "mal necesario" de nuestra legislación.

Siendo la misión de la ley fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, no puede descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia. Si la generalidad y abstracción, responde, de esta perspectiva, a la finalidad que pretende la norma con su establecimiento, la falta de certeza constituye una consecuencia de la construcción misma de la norma.

12. Hart, Herbert, *Concepto de Derecho*, Editorial Nacional, México, 1980.

Por otra parte, dicho halo de incertidumbre, esto es, el que dimana de la construcción lingüística de la norma, responde, como anticipamos, a una consecuencia inevitable, no querida por el órgano productor de normas, y que se deriva, precisamente, de la pretensión de generalidad que persigue el derecho¹³).

Ahora bien: si la incerteza de que adolecen las normas, la ley, con ocasión al lenguaje, constituye una consecuencia involuntaria, y derivada, precisamente, del lenguaje mismo, la discrecionalidad apunta, a un margen de incerteza que, concientemente, se persigue por la ley.

En efecto, al proveer de facultades discrecionales al órgano, la ley, renuncia *ex profeso* a regular, con detalle, las materias sobre las cuales recae, no por una disyuntiva o limitación semántica lingüística que la configura, sino por el reconocimiento que supone la imposibilidad de regular con precisión, todas y cada una de las situaciones que se generan en una sociedad cada vez más compleja. Como afirma Hart "Si en el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda po-

13. Ello no puede ser de otra forma. Una norma, la ley en nuestro caso, que pretende regular una situación social determinada, con pretensiones de generalidad y permanencia, no puede sino renunciar al análisis de la situación concreta, con el objeto de alcanzar, por su aplicación, un mayor número de situaciones particulares. Una ley que pretenda regular lo concreto, no sólo desnaturalizaría la norma sino que la ataría a dicha situación particular, petrificándola, y haciéndola inflexible a las cambiantes circunstancias de la sociedad en que está llamada a aplicarse. Como atinadamente concluye Hart, "hacer ello significaría asegurar un grado de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. Así se conseguiría, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esa técnica, continúa Hart nos forzaría a incluir en el campo de aplicación de una regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que en los términos de textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de dichas clasificaciones —concluye— entraría en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la norma...". Op. Cit.

sibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una elección". De esta forma, continúa este autor, "todo podría ser conocido, y por lo mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas..."¹⁴). Obviamente, concluye Hart, ese mundo no es el nuestro: Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar¹⁵). La vida es demasiado rica y los seres humanos demasiado veleidosos como para que sea posible captar con las palabras de la ley todos los conflictos de la vida humana^{15*}).

Una y otra situación, a saber, haya su fundamento mediato en el carácter general y abstracto de la norma legal: Si una de éstas es una consecuencia involuntaria, la otra es una consecuencia que, concientemente, se persigue con la norma.

De esta perspectiva el operador llamado a interpretar la norma que le vincula, y que le exige y otorga el ejercicio de facultades discrecionales, debe desarrollar una tarea doblemente compleja: Por una parte, deberá develar el sentido y alcance de la norma, proceso de interpretación derivado de la equivocidad del lenguaje, (debiendo determinar lo reglado y lo discrecional de la norma, en su caso) y por otra, deberá procurar un adecuado ejercicio de dicha discrecionalidad, la cual desde esa perspectiva, se manifiesta en un proceso de interpretación que reviste ciertos límites, según veremos seguidamente.

La discrecionalidad, en cuanto cometido que la ley otorga al operador debe, encaminarse a la certeza jurídica: Esta significa por una parte, el derecho que tiene todo ciudadano de esperar protec-

14. Hart, Op. Cit.

15. Ib Idem.

15. * Sin embargo, la historia del derecho conoce de teorías que pretendían ser perfectas. En este sentido, cuenta la historia que cuando Napoleón se enteró de la primera interpretación de su Código exclamó: "Mi Código está perdido". Dichos sueños se esfumaron pronto y hasta los juristas más idealistas se vieron obligados a admitir las deficiencias de las reglas y regulaciones escritas.

ción jurídica, y de la otra importa que el operador evite la arbitrariedad y que opte por la decisión correcta ^(16 16 *).

D.3. *Límites a la discrecionalidad. Estado actual de la cuestión en Chile.*

Nuestros tribunales han debido hacer frente a las vicisitudes que el ejercicio de esta facultad ha generado en el mundo del derecho. De alguna forma, de sus propios fallos, y de la doctrina científica, se han podido establecer algunos parámetros que se enarbolan como verdaderos límites al ejercicio de estas facultades. Así, y de esta forma se habla de la razonabilidad en la decisión, la proporcionalidad de la misma, la prudencia gubernativa, el principio de la legalidad o juridicidad, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que ostentan consagración constitucional.

En efecto, han sido los tribunales ordinarios los que, conociendo de la acción constitucional de protección, han velado por el correcto y adecuado ejercicio de las potestades discrecionales que asisten a los órganos públicos, según da cuenta la jurisprudencia de los últimos 25 años, y que ha significado un factor de control de dicha actividad por parte de órganos jurisdiccionales.

No puede desconocerse, por otra parte, la labor desempeñada por el propio legislador que al estatuir normas sobre la probidad administrativa, actual título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ha fijado normas claras relativas a la conducta ética que debe informar el actuar de la administración. Esta normativa representa un paso trascendental y un factor de control y responsabilidad importante relativas a

16. Aarnio, Aulis, *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

16. * Aarnio va más allá y afirma que en lo sustancial la certeza jurídica deberá reconocer dos elementos. El primero, que la decisión sea conforme a derecho. Toda decisión genuinamente jurídica tiene que estar en concordancia con el derecho válido. Además, plantea, la decisión deberá estar en concordancia con otras normas sociales, no jurídicas, toda vez que la expectativa de certeza jurídica constituye un fenómeno cultural. Op. Cit., p. 27.

la actuación administrativa, máxime cuando éstas se sustentan y concretan potestades discrecionales.

Por otra parte, el reconocimiento de límites al ejercicio de las facultades discrecionales que se reconocen al operador administración, se vincula, necesariamente, con otro factor preponderante: La justificación de la decisión ⁽¹⁷⁾.

En efecto, y desde esta perspectiva, "la presentación de la justificación constituye un medio para asegurar, sobre la base de lo racional, la existencia de la certeza jurídica que exige la sociedad ⁽¹⁸⁾."

E. *Algunas consideraciones finales*

A modo de conclusión, que de conclusión no tiene más virtud que ubicarse en la sección final de este trabajo, cabe destacar lo siguiente:

1. En Chile nuestra cultura jurídica reconoce como principal fuente del derecho a la ley. Según hemos expuesto supra, la ley se la concibe, según lo expone el Código Civil como el propio código Político como una norma general, abstracta y obligatoria. Pese a ello, la tendencia legalizadora, diríamos legalizante, ha derivado en una superproducción de normas de esta naturaleza, dando origen a un frondoso y poco claro entramado legal, en el que se ha desperfilado el carácter de norma legal abstracta que informó e informa a su propia naturaleza.

2. La ley tiene pretensiones de generalidad y abstracción. El ejercicio de las potestades discrecionales, no es sino un elemento de reconocimiento consciente de la propia limitación que asiste a la ley. Desde esta perspectiva, estimamos, la discrecionalidad, en estricto rigor, reafirma la naturaleza y el más prístino y original sentido de la norma legal, aquel que, desde antaño, ha sido reconocido incluso por los propios gestores de la codificación.

3. Si por una parte la discrecionalidad confirma la naturaleza de la ley en su sentido originario y correcto, por otra parte, exige

17. Aarnio, Op. Cit., p. 29.

18. Aarnio, Op. Cit., p. 29.

del operador jurídico administración un esfuerzo aún mayor en el proceso de decantación de la norma al caso particular, esto es, en el proceso de subsunción de la norma al caso concreto, máxime cuando de su ejercicio el operador jurídico debe optar, razonablemente, respecto de múltiples soluciones igualmente válidas. Constituye desde esta perspectiva en el proceso de interpretación.

4. En el proceso interpretativo del ejercicio de las potestades discrecionales, el órgano administración deberá considerar, no sólo la finalidad u objeto que se persigue con la norma jurídica acto o premisa que interpreta, sino que debe considerar y respetar los principios que informan el ordenamiento, ya respecto del caso particular, como de los principios que informan toda la ordenación jurídica administrativa. En nuestra opinión, no basta con que el operador opte, sin más, por una u otra opción dentro de un marco de opciones o alternativas previsibles. El ejercicio de la discrecionalidad, exige, en cambio, un mayor esfuerzo interpretativo, en el que deberá considerarse, por tanto, factores tales como la finalidad del acto, la norma o premisa que se interpreta, los principios y subprincipios, todo, en pleno respeto y congruencia de la legalidad que informa el ámbito administrativo. El operador deberá buscar, pues, la certeza jurídica necesaria del derecho.

5. Como afirma Aarnio, un juez, un funcionario administrativo, un abogado o un jurista, se ve confrontado, permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos de la norma, del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos, opuestos entre sí: La estabilidad del derecho y la flexibilidad que exigen las circunstancias ⁽¹⁹⁾.

6. Es en esta perspectiva, donde se manifiesta, evidentemente que el ejercicio de las potestades discrecionales plantea y exige al órgano el máximo sigilo en el desempeño de su función.

Con todo, y según se colige, la pretendida tensión entre le-

19. Aarnio, Op. Cit., p. 32.

galidad y discrecionalidad es aparente, toda vez que ésta última debe ser concebida desde el prisma de aquella, sin perjuicio de considerar otros elementos tales como los principios que informan la institución en la que recae. La tensión que si se manifiesta es entre legalidad y arbitrariedad, tensión que nuestra doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales han sabido reconocer y sancionar.

7. Asistimos a un mapa jurídico en el cual la ley se manifiesta, casi exclusivamente, como *la fuente de derecho*. Con todo, en la actualidad se ha desperfilado el fin último de la norma legal, y se ha dado paso a una proliferación exagerada e injustificada, las más de las veces, de las normas legales que pretenden regular las circunstancias sociales con asombroso contenido. Enarbolando criterios las más de las veces puramente políticos, se pretende regular el quehacer cotidiano con inquietante detalle, desgastando y destinando esfuerzos a algo que, en nuestra opinión, puede ser salvado con un adecuado ejercicio de las potestades discrecionales en la forma en que hemos tenido ocasión de señalar.

F. Epílogo

No se ha querido efectuar (y estábamos lejos de lograrlo) una exposición acabada con relación al tema que motivó este análisis. Tan sólo hemos tenido la intención de realizar algunos comentarios a objeto de dar cuenta de las aristas que conlleva el ejercicio de potestades discrecionales por el operador llamado Administración, aristas que exigen aunar esfuerzos a objeto de efectuar una adecuada inteligencia del problema.

Se renunció, de esta forma, a un análisis vinculado, necesariamente, al ámbito de la disciplina del derecho administrativo.

No puede sino reconocerse, por otra parte, que quizá faltó un mayor desarrollo del dato jurisprudencial, como ejemplo de sistematización de esta institución, cuestión que, a nuestro parecer, ameritaría un tratamiento aparte.

El objetivo que se ha perseguido, por tanto, fue tan sólo el cuestionarnos, plantear interrogantes acerca de esta institución. Si de alguna forma se ha producido en ustedes —doctos oyentes— esta finalidad, creemos que el esfuerzo ha sido recompensado.