

HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL, SOBERANIA LEGAL Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

José Luis Cea Egaña

Profesor de Derecho Político y Constitucional

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución es el programa máximo que, para la realización de los valores que animan al Poder Constituyente, éste ha trazado vinculando a gobernantes y gobernados. En esos valores se condensa, por ende, la legitimidad o razón justificativa ético-social del ordenamiento fundamental, el cual es tanto el punto de partida como el fin para la comprensión de los principios y normas constitucionales y su desarrollo por el legislador, la administración y todo órgano que ejerza jurisdicción.

Los principios son disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión. Respetar íntegramente los principios constitucionales es, en consecuencia, la clave para conservar la Constitución. Violar explícita o disimuladamente dichos principios, aunque sea pretextando circunstancias extraordinarias, es destruir la Constitución. Por eso, si el legislador transgrede un principio ofende no sólo a las normas constitucionales que lo concretan, sino que además y, sobre todo, incurre en la más grave inconstitucionalidad, cual es la insurgencia contra todo el sistema jurídico, la subversión de sus valores fundamentales¹.

Sabido es, por otra parte, que los principios son la base de las normas y que éstas, junto a las costumbres, modelan a las instituciones. Hasta tal punto es efectiva dicha aseveración que, si los principios no son reconocidos, el ordenamiento completo queda falseado en su sentido y ninguna de las disposiciones de él podría dejar de ser afectada. Por ello, los principios son fuente directa de Derecho positivo en todas las jerarquías del sistema jurídico² y para defenderlos proceden —con mayor razón todavía— las mismas acciones y recursos que la Constitución contempla a los efectos de proteger cualquiera de sus normas.

Los principios son, según lo he destacado, expresión de los valores ya referidos, los cuales quedan en la Constitución más explicitados en las normas pertinentes. Y la cualidad que los principios tienen de informar axiológicamente todo el ordenamiento constitucional y la hermenéutica del mismo, debe generar tanto su unidad, excluyendo los resquicios, como la homogeneidad entre dicho ordenamiento y el resto del régimen jurídico. Pero, además, subrayo que la relevancia de los principios reside en que sirven de clave interpretativa

¹ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: "Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial" en I *Anuario de Derecho Público* 1975-1976 (Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, 1976) pp. 445-446.

² JOSEF ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado* (Barcelona, Bosch, 1961) pp. 89-90.

de las normas constitucionales, fijando así el fundamento y límites de las leyes, de la aplicación administrativa de éstas con subordinación a aquéllos y de la heterotutela judicial sobre los actos reglados y discrecionales de la administración.

Ahora bien, todo sistema jurídico está estructurado por la armónica conjugación de principios y normas de jerarquía diferente, dominando los cuales, sin excepción, se encuentran los principios y normas de la Constitución. Una aplicación importante de esta esencial característica yace en que la interpretación y aplicación de cualquier precepto jurídico deben siempre ser efectuadas en defensa de la Constitución y nunca de las disposiciones subordinadas a ella³. Cuando la señalada primacía se invierte, el programa máximo de la Constitución más perfecta fracasará, siendo tan negativa consecuencia imputable a una hermenéutica constitucional defectuosa o errónea⁴.

Especialmente alerta ha de estar el intérprete que defiende la Constitución cuando el legislador altera la naturaleza de las cosas para, de esa manera, salvar superficialmente lo que es, en realidad, sutil insurrección contra los principios y normas fundamentales.

La naturaleza de las cosas impide tal fraude, porque con su estructura objetiva propia, ínsita en ellas mismas, constituye una realidad necesaria y auténtica que se impone como un dato previo al derecho positivo y a cualquiera decisión jurídica que se apoye o reconduzca a él. De manera que la naturaleza de las cosas limita al legislador y a la administración, porque éstos no tienen el poder mágico de transformar la esencia objetiva de aquélla, intrínseca estructura que no es sólo lo que efectivamente es sino que, además, tiene un carácter normativo inherente, independiente de toda aceptación o rechazo de cualquier poder jurídico.

Es un axioma que el Derecho tiene que realizar la justicia dando y restituyendo a cada cual lo que es suyo, es decir, lo que le corresponde por la naturaleza de las cosas⁵. Así y por ejemplo, el intérprete que defiende la Constitución debe rechazar, por ser contrario a ésta, un precepto legal que llama "limitación" a lo que por naturaleza de las cosas es privación del dominio, o que denomina "prohibición" a lo que es realmente una sanción o, en fin, que delega en la administración facultades discrecionales para que llene los presupuestos del tipo penal, pretendiendo así sustraerlo del principio constitucional de reserva penal y del proceso justo que ha de preceder a la imposición de toda sanción.

Por último, importante es dejar clara constancia, fundado en la historia fidedigna, que los principios y normas de la Constitución que aseguran los derechos, libertades y garantías, lo hacen en favor de todas las personas y no sólo de los habitantes de la República, como ocurría en la Carta precedente. Des-

³ SEGUNDO V. LINARES QUINTANA: *III Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Plus Ultra, 1978) pp. 649-664. Constitución de 1980, artículos 6º, 7º y 19 Nº 26.

⁴ Linares, nota 3, pp. 593, 621 y 646.

⁵ HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1961) pp. 131-142 q 228; GEORGES KALINOWSKI: *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982) pp. 93-94 y 100; LUIS RECASENS SICHES: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1971) pp. 193-197, 262, 263 y 277.

taco la modificación porque ella reafirma, con una palabra del más vasto sentido y alcance, que ninguna exclusión ni limitación cabe a su respecto, establecida en sede legislativa o de la administración y ello, obviamente, en cuanto el ordenamiento jurídico chileno sea aplicable. El reconocimiento constitucional comprende, por ende, a las personas naturales, morales y jurídicas, de derecho público o privado, nacionales y extranjeras, tanto si están domiciliadas, residen o se hallan avecinadas en nuestro país ⁶.

II. SUPREMACÍA ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU LIBRE EJERCICIO: LÍMITES A LA SOBERANÍA LEGAL Y A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La interpretación sistemática de todas las disposiciones constitucionales autoriza para sostener que con ellas han sido recortadas —pues, como se explicará, no puede eliminarlas por entero— la soberanía legal y la discrecionalidad administrativa. Es decir, soberanía y discrecionalidad quedan sometidas a la supremacía de la Constitución, cuyos preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo ⁷.

La Constitución expresa límites, restricciones o prohibiciones al legislador y a la administración, frenos que no pueden ser eludidos en las leyes con el pretexto de regular o reglamentar los derechos y libertades reconocidos, como tampoco en los actos administrativos alegando la autoridad que goza de discreción. De manera que en su finalidad o espíritu, no menos que en la letra de sus principios y normas, ha sido terminante la Constitución al exigir decisiones válidas y responsables, permitiendo la revisión judicial en sus diversas especies para constatar si los derechos, libertades y garantías han sido conculcados, perturbados o amenazados al margen de ella.

Para que la Constitución sea respetada, indispensable resulta la perfecta coherencia entre los fines perseguidos por ella y los medios que al efecto autoriza, de una parte, y las decisiones legales y administrativas invocadas con base en aquéllos para consumarlos, de otra. Es decir, propósitos legítimos precisan de medios idénticos y esto ha de ser probado con sujeción al Derecho, comenzando por la Constitución, bajo la cual se encuentran las normas dictadas conforme a ella ⁸. Ha de excluirse, consiguientemente, como argumento contrario tanto la soberanía del legislador como el pretexto de que la administración obró en el ejercicio de atribuciones discrecionales.

En suma, ni el legislador es soberano ni la administración libre, pues aquél carece de otro poder que el conferido expresamente por la Constitución y del cual no puede desprenderse sino cuando ella lo permite ⁹; y la administración no tiene más atribuciones que las otorgadas en textos por la misma Constitución o las leyes ¹⁰. De manera que la función legislativa es subconstitucional, porque está subordinada a la Carta, mientras la labor administrativa es a la

⁶ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución* (Santiago, Gendar Chile, 1977), sesión 148, p. 59, sesión 156, pp. 7-9 y 17, y sesión 407, pp. 3337-3338.

⁷ Constitución de 1980, artículo 6º, incisos 1º y 2º.

⁸ Id., artículo 6º inciso 1º y artículo 7º inciso 1º.

⁹ Id., artículos 7º, 61 inciso 2º y 32 Nº 3.

¹⁰ Id., artículo 7º inciso 2º.

Actas, nota 6, sesión 93, pp. 17-18; sesión 94, pp. 24-27; sesión 151, pp. 8-11, y sesión 158, pp. 9-10 y 17-20.

vez subconstitucional y sublegal, ya que está sometida mediatamente a la Constitución e inmediatamente a las leyes¹¹.

Las acciones y recursos que contempla la Ley Fundamental son los mecanismos preventivos y correctivos de cualquiera transgresión a sus principios y normas. Y realzo que en la nueva Constitución fueron ampliados y perfeccionados tales mecanismos¹². La intangibilidad de la esencia de los derechos y su libre ejercicio tiene que ser, en la jurisprudencia y doctrina, una cláusula de la Constitución relevante para defenderla en la interpretación y aplicación de sus principios y normas¹³. Esa intangibilidad deviene, en consecuencia, decisiva para la solución del problema que he planteado.

Nuestra Ley Fundamental, en una de sus más importantes innovaciones, asegura a todas las personas la certeza o suma confianza que pueden tener en que los preceptos legales que, por mandato de la propia Constitución, regulen o complementen los derechos, libertades y garantías que ella reconoce, o que los limiten en los casos en que ella lo autorizó, no podrán afectarlos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan de lo anterior las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la misma Constitución contempla¹⁴.

Prescindiré de las aludidas excepciones porque son ajenas al tópico que me preocupa. Pero, apoyado en la historia fidedigna, pertinente es formular precisiones sobre la norma glosada, cuyo nítido objetivo es resguardar la supremacía constitucional ante demasías del legislador o de la administración. Consideraré primero las restricciones que el Poder Constituyente ha trazado con esta norma a la soberanía legal; después explicaré el severo acotamiento impuesto por él a la discrecionalidad administrativa, en particular cuando ejerce potestades punitivas.

III. PRECEPTOS LEGALES

Adviértase, en primer lugar, que la norma se refiere a los preceptos legales, locución genérica que comprende toda regla que tenga valor material de

¹¹ JULIO A. PRAT: "El poder discrecional de la Administración" en II *Anuario de Derecho Público* 1977-1978 (Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, 1978) p. 64.

¹² "Informe con proposiciones e ideas precisas" (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* Nos. 1-6 (1981). Constitución de 1980, artículos 20, 38 inciso 2º, 80 y 82 Nos. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º.

¹³ En el dictamen del Fiscal de la Corte Suprema, fechado el 6 de enero de 1982, en el recurso de inaplicabilidad, rol 15.507, publicado en IX *Revista Chilena de Derecho* Nº 2 (1982), pp. 515-519, se sostiene, correctamente, que el artículo 19 Nº 26 de la Constitución tiene el carácter de norma interpretativa, pero acto seguido agrega la insólita conclusión de que "no puede constituir causal de inaplicabilidad, ya que ningún precepto legal puede ser contrario a ella" (p. 519).

Esta aseveración es insostenible, porque todas las disposiciones de la Ley Fundamental —más todavía las que contienen sus principios— gozan de supremacía y, desgraciadamente, ninguna puede dejar de ser afectada por las autoridades subordinadas a ella.

La afirmación del Fiscal quita al precepto constitucional su trascendencia, dejándolo como consejo o guía —no vinculante normativamente— para el legislador y la administración.

¹⁴ Constitución de 1980, artículo 19 Nº 26.

ley en el régimen jurídico chileno, cualquiera sea el órgano que la haya dictado y el procedimiento seguido por él con tal objeto. Y puesto que ese nivel de normas es el único idóneo, excluidas quedan la potestad reglamentaria y los actos administrativos de toda posibilidad preceptiva en la materia, habiendo el Poder Constituyente prohibido, además, la delegación de facultades legislativas¹⁵.

Son, en seguida, preceptos legales de cualquier jerarquía, incluyendo las leyes orgánico-constitucionales, las de quórum calificado y las comunes.

Tales preceptos deben ser regulatorios o complementarios de los derechos, libertades y garantías, o bien, limitativos de ellos, tornándose imperativo en los dos primeros casos que la Constitución lo haya directa, expresa y previamente mandado, mientras que tratándose de una limitación ella exige que lo haya autorizado con idénticas modalidades. Por consiguiente, está vedado a los preceptos legales regular, complementar o limitar sin orden o permiso claro del Poder Constituyente, por lo que la analogía y la hermenéutica amplificadora tienen que ser aquí rechazadas de plano.

Siendo indudable, por otra parte, que el Poder Constituyente quiso proteger la esencia de los derechos, libertades y garantías que ha reconocido, toda interpretación debe ser extensiva en favor del titular de ellos y restrictiva de la competencia del legislador para regularlos, complementarlos, limitarlos o restringirlos en su ejercicio, canon que con mayor razón aún se aplica a la actividad administrativa¹⁶.

Prohíbe el Constituyente, además, que los preceptos legales afecten los derechos en su esencia o impidan su libre ejercicio, porque la Ley Fundamental reconoce la existencia de un contenido esencial y libertario de los derechos que asegura, razón por la cual los protege también en su ejercicio.

Ahora bien, en lo que a la esencia dice relación, la Constitución prohíbe menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente, alterar o mudar lo permanente e invariable de un derecho o libertad que, por lo mismo, es lo más puro, inseparable y característico de su ser. La esencia de los derechos significa, en otras palabras, lo que por la naturaleza de las cosas ellos son intrínseca y objetivamente, imponiéndose a la voluntad del legislador. Con respecto ahora al ejercicio libre, el Constituyente prohíbe las condiciones, tributos y requisitos que hacen —o pueden formar— imposible o difícil al titular realizar lo que su derecho subjetivo lleva consigo¹⁷.

En fin, es obvio que el legislador, a pretexto de interpretar, regular o complementar un derecho constitucional o de limitarlo en los casos en que la Constitución lo autoriza, no puede afectar los derechos en su esencia, porque ello equivaldría a desconocer la garantía y violar la voluntad del Poder Constituyente. Preceptuarlo expresamente reviste singular trascendencia jurídica, ya que exige de modo inequívoco que los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía constitucional eviten, en conformidad a los procedimien-

¹⁵ Id., artículo 61 incisos 1º y 2º.

¹⁶ Actas, nota 6, sesión 148, p. 27; sesión 149, pp. 3-4; sesión 150, pp. 10-22; sesión 155, pp. 4-23; sesión 156, p. 6; sesión 212, pp. 2-10; sesión 213, pp. 2 y 18; sesión 214, p. 2; sesión 348, pp. 2819-2820; sesión 398, p. 3113.

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: "La esencia de los derechos y su libre ejercicio", *Revista de Derecho Público* Nos. 29-30 (enero-diciembre 1981), pp. 112-117.

Constitución de 1980, artículo 61, inciso 2º.

¹⁷ EKKEHART STEIN: *Derecho Político* (Madrid, Aguilar, 1973) pp. 245-252.

tos y normas pertinentes, la aprobación o aplicación de un proyecto o de un precepto legal que incurra en el exceso señalado. Y esto no significa estar invadiendo la órbita del legislador, porque es una misión estrictamente jurídica¹⁸.

IV. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Los actos administrativos son siempre reglados y discrecionales, simultáneamente. No existen, por ende, actos totalmente vinculados ni por completo discrecionales. Dichos actos tienen, sin excepción, un grado variable de regulación y discrecionalidad. Unos y otros son más o menos reglados y discrecionales. Es inexacto, entonces, hablar de actos discrecionales a secas; lo correcto es referirse a poderes discrecionales en actos administrativos que son, en todo lo demás, siempre reglados¹⁹.

La discrecionalidad es un fenómeno genérico y no único de los actos administrativos. El legislador y los jueces, por ejemplo, gozan en el ejercicio de sus funciones de cierta discrecionalidad. Pero es en el ámbito administrativo donde el fenómeno ha logrado mayor presencia y a ese ámbito acotaré mi estudio.

La discrecionalidad es 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 con sujeción a los fines y medios previstos en ella.

Tal discrecionalidad es, en consecuencia, una facultad jurídica y no de hecho, porque está prevista, tasada y controlada por la misma ley que la otorga o por el contexto del ordenamiento jurídico. De manera que la discrecionalidad no supone ausencia sino que, todo lo contrario, presencia de ley de la cual aquélla emana y para el mejor cumplimiento de cuya finalidad concede capacidad discrecional²⁰.

Es, además, una actividad subconstitucional y sublegal, porque el jerarca administrativo está sujeto a la Carta y a las leyes. El poder discrecional, en otros términos, se otorga para integrar en concreto ciertas disposiciones constitucionales y legales, con la intención de satisfacer los fines de ellas²¹.

Por eso, también, la discrecionalidad resulta ser una actividad controlada y controlable por los tribunales quienes, al ejercer la heterotutela sobre los poderes discrecionales, cumplen la función jurídica consistente en cautelar el respeto por la administración de los límites que la Constitución y las leyes le han trazado²².

Ahora bien, y como ya lo escribimos, el sistema jurídico se estructura con normas de jerarquía diversa, en que el grado superior se materializa en el infe-

¹⁸ Informe, nota 12, p. 239.

¹⁹ PATRICIO AYLWIN AZÓCAR: *II Apuntes de Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Universitaria, 1960), pp. 85-86, 101-103; PRAT, nota 11, pp. 61-63; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO: *I Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1959) pp. 401-410; ENRIQUE SILVA CIMMA: *I Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968) pp. 15, 24, 51 y 103.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, pp. 448 y 455-456; PRAT, nota 11, pp. 64 y 73.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, p. 448; PRAT, nota 11, p. 61.

²² BANDEIRA DE MELLO, nota 1, p. 455; EDUARDO SOTO KLOSS: "El Derecho Administrativo Penal", *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile* Nos. 44-45 (1979-1980), pp. 97-100.

rior, sin que el primero determine perfecta y completamente al segundo, ya que de no ser así el grado inferior estaría de más²³. Fluye de esta premisa que la Constitución se concreta a través de las leyes y éstas mediante los actos administrativos. Pero, siendo suprema la Constitución, a ella deben ajustarse en la forma y fondo las decisiones legislativas y administrativas.

Afirmado está ya que la Constitución es, por necesidad, el programa máximo de lo legítimo para gobernantes y gobernados en el Estado-Nación. Ella está escuetamente formulada, dando con sus principios y normas un esquema de las soluciones que admite, manda y prohíbe. Los preceptos constitucionales son generales y precisan de las leyes para su desarrollo y cumplimiento. Pero, a su turno, las leyes requieren de operaciones análogas, porque ellas son también generales, iguales, permanentes, abstractas, predeterminadas e innovadoras. Las leyes dejarían de serlo, por ejemplo, si fueran individualizadas y agotadoras en los detalles; ellas tienen que estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico²⁴, dejando a la potestad administrativa algún ámbito de indeterminación, por pequeña que sea. Siendo exacto que el legislador ha de ser claro y preciso en los preceptos generales que dicta, también lo es que en el nivel siguiente y más bajo de las normas jurídicas —esto es, las administrativas— recae la tarea de ejecutar los mandatos del legislador.

Puede la ley, sin embargo, pormenorizar exhaustivamente el poder que otorga a la administración, caso en el cual ésta se encuentra constreñida al ejercicio de facultades regladas, con discrecionalidad mínima. Tal es la respuesta que nuestra Constitución contiene para los derechos y garantías que asegura a todas las personas, porque en la materia el legislador no es soberano ni, menos aún, puede delegar poderes discrecionales en la administración²⁵. Pero suele ocurrir que la ley describa las características principales de la situación que regula, dejando un margen de libertad más amplio a la administración para que la aplique en función de las circunstancias. En este caso los poderes discrecionales son mayores, pese a lo cual siguen siendo limitados, relativos, instrumentales y controlables judicialmente.

La discrecionalidad es inconciliable por la arbitrariedad, porque no es un privilegio que sitúe al administrador sobre el Derecho, sino que una circunscrita capacidad jurídica para elegir la oportunidad, el momento y la conveniencia de su acción dentro de lo que la ley le ha permitido expresamente²⁶. La discrecionalidad tampoco es un poder mágico que transforme la naturaleza de las cosas, sino que un medio para obtener su más pleno respeto. Donde tal discreción es factible, en consecuencia, el jerarca administrativo debe ser especialmente documentado, reflexivo e imparcial²⁷. Y una vez más insistiré en que el legislador no es ajeno a la naturaleza de las cosas, porque es imposible que evite las arbitrariedades desde que intente alterar dicha naturaleza, por ejemplo, dando a la administración poderes discrecionales de los que él carece o calificando como

²³ PRAT, nota 11, pp. 73-74.

²⁴ Constitución de 1980, artículo 60 N° 20.

²⁵ Id., artículos 6°, 7°, 19 N° 26 y 61 inciso 2°.

²⁶ MÓNICA MADARIAGA GUTIÉRREZ: *Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966) pp. 35-36. EDUARDO SOTO KLOSS: "Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección", *LXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1ª P., pp. 18-19.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, p. 459; PRAT, nota 11, p. 70; SOTO KLOSS, nota 26, comentario que aparece en 2ª P., S. 5ª, p. 218.

“actos prohibidos” a los que son sanciones cuya imposición es propia de la judicatura.

Todo acto administrativo tiene supuestos y elementos jurídicos. Son supuestos —porque sin ellos el acto no existe— la investidura regular de la autoridad respectiva, su actuación dentro de la competencia que le ha fijado el ordenamiento jurídico y el cumplimiento de la forma que prescriba la ley²⁸. Son elementos —pues sin ellos el acto es nulo— el motivo, el objeto, la causa, el fin y el procedimiento que la autoridad ha de seguir en sus actuaciones²⁹.

Motivo o fundamento del acto administrativo es la realidad objetiva, los hechos concretos y acreditados que autorizan a elegir, dentro de la materia o competencia, una actuación determinada de la administración. Los motivos son los presupuestos fácticos, ajenos y externos a la autoridad que actúa, la cual debe limitarse en esta fase a constatarlos imparcial y objetivamente. Son ellos inseparables de los fines, pues la ley supone realizados éstos cuando, ocurridas las circunstancias que ha previsto, se emite un acto que satisface dichos fines³⁰. Si se pregunta por los motivos, la respuesta está en cuándo ha de obrar la administración sobre los hechos³¹.

El objeto del acto administrativo, de otra parte, es dado por las decisiones que la autoridad investida regularmente adopta dentro de su competencia y en la forma prescrita por el régimen jurídico. ¿Cuál de las alternativas legalmente posibles seguir? Tal es la interrogante que el objeto del acto plantea³².

La causa, en tercer lugar, es la relación de adecuación y proporción entre los motivos y el objeto del acto. ¿Por qué decidir de ésta y no de otra manera jurídicamente permitida? Ese es el problema causal³³.

El fin es el cumplimiento de la Constitución y las leyes para satisfacer un interés o necesidad públicas ¿Para qué obrar? es la pregunta pertinente³⁴.

El procedimiento, por último, es el conjunto de trámites y formalidades que la voluntad del jerarca administrativo ha de cumplir para convertirla en un acto imputable al Estado. Aquí la cuestión que es ¿cómo formar y llevar a cabo la decisión adoptada?³⁵.

Ahora bien, jamás existe discrecionalidad en los supuestos, porque siempre están reglados. De lo contrario, no existe acto administrativo y la ley que permitiera obrar sin cumplir los supuestos sería, sin duda, inconstitucional³⁶. Los motivos, la causa, el fin y el procedimiento también son reglados, de manera que en ellos no cabe discrecionalidad y la ley que omitiera regularlos sería inconstitucional³⁷.

Entonces ¿dónde es posible la discrecionalidad? Ella cabe en la apreciación de las consecuencias futuras de los hechos existentes y comprobados;

²⁸ Constitución de 1980, artículo 7º.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, pp. 452-459; PRAT, nota 11, pp. 66-68 y 72-77; EDUARDO SOTO KLOSS: *El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1982), pp. 440-443 y 459-460.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, pp. 452 y 458.

³¹ SOTO KLOSS, nota 26, p. 19.

³² Id.

³³ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, pp. 458 y 461.

³⁴ SOTO KLOSS, nota 26, p. 19.

³⁵ Id.

Constitución de 1980, artículos 7º, 38 y 60 Nº 18.

³⁶ Constitución de 1980, artículo 7º inciso final.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, pp. 452 y 458-459; PRAT, nota 11, pp. 67-77.

procede ella, además, en la determinación del contenido del objeto, es decir, la decisión de actuar o no y, en el evento afirmativo, la elección de la oportunidad, el momento y la conveniencia de la decisión administrativa correspondiente ³⁸.

Jamás puede la administración apreciar la constitucionalidad y legalidad de sus actos, debiendo excluirse el autocontrol en esas materias. Siempre tal apreciación queda sometida a la heterotutela que la judicatura ejerce sobre el administrador, superlativamente tratándose de decisiones que afecten a los derechos fundamentales ³⁹. Impera aquí el principio de universalidad del control de juridicidad que es inherente a nuestros tribunales ⁴⁰.

Dicha revisión judicial procede, concretamente, en los supuestos y elementos reglados, asuntos que nunca pueden ser sustraídos de la jurisdicción ordinaria o especial. Entonces, es inconstitucional una ley que delega poderes discrecionales sin sujetarlos a la revisión aludida, por ejemplo, diciendo que el jerarca administrativo actuará a su juicio exclusivo. Obrar bajo el solo criterio subjetivo del jerarca es el comienzo de la arbitrariedad y la ley no puede con esa cláusula sortear el veto constitucional. El legislador que hiciera lo contrario incurriría, además, en una delegación de facultades prohibida y vulneraría el principio de la separación de los poderes en que se funda nuestro Estado de Derecho ⁴¹.

En consecuencia, únicamente los cuatro puntos precisos en que la discrecionalidad es permitida están marginados de la tutela judicial, pues la administración está ligada por lo justo y legal, mas no por lo útil ⁴².

De las explicaciones proporcionadas se deduce que los jueces tienen competencia para constatar la existencia de los hechos alegados por la administración, si están o no legalmente comprobados por ella y si es correcta o no la calificación jurídica que al efecto ha efectuado. De igual competencia gozan los jueces para investigar el objeto, pero cuando se trata de materias que no sean las tres de carácter discrecional que ya expliqué. Lo mismo vale tratándose de la causa, resultando insuficiente para que la administración apruebe el examen la mera invocación que haya efectuado de preceptos legales ⁴³. Se mantiene el mismo predicamento respecto del fin, porque la discrecionalidad es un instrumento para cumplir propósitos fijados en la Constitución y las leyes, esto es, fuera de la administración. Y el abuso o desviación de poder, el vicio *ultra vires*, ocurre cuando se alegan fines legítimos no previstos en el ordenamiento jurídico, como también si se acude al pretexto de realizar los previstos por medios no autorizados o sobrepasando de cualquier manera los poderes otorgados a la administración ⁴⁴. Por último, también está dentro de la heterotutela comprobar si el acto ha o no seguido el procedimiento formativo y de publicidad que lo rige ⁴⁵.

³⁸ Id.

³⁹ PRAT, nota 11, p. 66; SOTO KLOSS, nota 22, pp. 96-101.

⁴⁰ Constitución de 1980, artículo 73; Código Orgánico de Tribunales, artículos 5º y 10.

⁴¹ Constitución de 1980, artículos 6º, 7º, 61 incisos 2º y 73.

⁴² PRAT, nota 11, p. 66.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, p. 459.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, nota 1, pp. 452-459; PRAT, nota 11, pp. 68-71 y 75-76; SAYAGUÉS, nota 10, pp. 449-457; H.W.R. WADE: *Derecho Administrativo* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971), pp. 77-80.

⁴⁵ LX RDJ 2ª P., S. 4ª, pp. 288 ff.

LXIV RDJ 2ª P., S. 4ª, pp. 84 ff.

V. DISCRECIONALIDAD PUNITIVA

El marco normativo que hasta aquí hemos trazado se aplica a todos los actos administrativos. Existe, sin embargo, una especie de tales actos en que es indispensable estar especialmente alerta para requerir el cumplimiento de las exigencias explicadas. Me refiero a los actos administrativos sancionadores o punitivos.

La tendencia en el Derecho Comparado es a reglar cabalmente los actos que integran el Derecho Administrativo Disciplinario y Sancionador⁴⁶. Y es lógico que así sea, porque para ello existe un Poder del Estado encargado de ejercer jurisdicción en todos los casos temporales en que un acto de autoridad afecte, por vía de sanciones o penas, la persona, el honor o los bienes de terceros⁴⁷.

En la historia fidedigna de la nueva Constitución consta que la administración debe fiscalizar, vigilar y controlar el cumplimiento del ordenamiento jurídico respectivo por los administrados, pero que nunca puede ella imponer sanciones⁴⁸. Tratándose de materias económicas, además, tales sanciones han de ser exclusivamente pecuniarias como máximo⁴⁹. Es la judicatura la competente para resolver las sanciones y penas que le sugiera aplicar la Administración⁵⁰.

A la luz de tales predicamentos, si una ley da poderes discrecionales-punitivos al jerarca administrativo, ninguna duda cabe que ella vulnera los principios de reserva y de separación de los poderes. Aquí, otra vez y para concluir, la naturaleza de las cosas no puede ser cambiada por el legislador, por ejemplo, declarando que no se reputan penas las sanciones que imponga la autoridad administrativa, menos todavía cuando el incumplimiento de ellas se convierte o transforma en una privación de la libertad personal y no en otra especie de sanción administrativa más severa⁵¹. No es soberano el legislador, en consecuencia, para contrariar la naturaleza de las cosas, pues incurriría en una diferencia o discriminación arbitraria que prohíbe la Constitución⁵².

Esto quiere decir, en síntesis, que sólo la judicatura puede conocer y aplicar la legislación sancionadora y que son insostenibles ante la Constitución los argumentos que en contrario se esgrimen alegando que se trata de infracciones de bagatela, propias de una jurisdicción de gabinete sin debido proceso⁵³.

⁴⁶ PRAT, nota 11, p. 65; Eduardo García de Enterría et al.: *II Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas, 2ª ed. 1981), pp. 160-172.

⁴⁷ Constitución de 1980, artículos 6º, 7º y 73; Código Orgánico de Tribunales, artículos 5º y 10.

⁴⁸ Actas, nota 6, sesión 113, pp. 4-7, 9 y 10-12; sesión 388, p. 2819; sesión 388, pp. 2902-2903.

⁴⁹ Id., sesión 384, p. 2819, y sesión 394, p. 3035.

⁵⁰ Id., sesión 384, p. 2819; sesión 388, pp. 2902-2903; sesión 394, p. 3035; sesión 399, pp. 3149-3151.

⁵¹ LUIS COUSIÑO MAC IVER: *I Derecho Penal Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1975), p. 26; ENRIQUE CURY URZÚA: *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1982), p. 82.

Código Penal, artículo 20.

⁵² Constitución de 1980, artículo 19 N° 2.

⁵³ ENRIQUE CURY URZÚA: "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", *Boletín* citado en nota 22, pp. 86 y 88. EDUARDO NOVOA MONREAL: *I Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1960), p. 37.