

SANCIONES Y RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS EN UN ENTORNO DE LEYES COMPENDIOSAS

ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND RESTRICTIONS IN THE CONTEXT OF COMPENDIOUS LAWS

*Iván Aróstica Maldonado**

*Me dan miedo esas grandes palabras
que nos hacen tan infelices.*
James Joyce

Resumen

El presente artículo problematiza una de las falencias de la legislación chilena, cual es la existencia de leyes que establecen conceptos vagos que son utilizados, en ocasiones, por algunos órganos administrativos en desfavor de los derechos de los particulares. Efectúa lo anterior al aclarar las diferencias entre términos ambiguos y conceptos vagos, al dar cuenta del origen del asunto y su eventual solución en la historia de Chile, y al analizar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Derecho Administrativo, teoría del derecho, términos ambiguos, conceptos vagos

Abstract

The present article discusses one of the weaknesses of the Chilean legislation, the existence of laws that contains vague notions which are often used, by some administrative agents, in an unfavorable way towards the rights of the people. The article addresses the differences between ambiguous terms and vague notions, discusses the origin of the problem and its possible solution in Chilean history, and analyses the case law of the Constitutional Court.

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Magíster en Derecho Público de la Universidad de Chile, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 22 de mayo de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de julio de 2016. Correo electrónico: iarostica@tcchile.cl

Keywords: Administrative law, theory of law, ambiguous terms, vague notions

Introducción

Tratándose de actuaciones administrativas de sanción o gravamen, es indiscutido que –en cuanto a sus motivos– jueces y contralores pueden revisar la existencia material de los hechos en que se fundan, así como la calificación jurídica de los mismos. Esto es, si se justifica que esos hechos vengan subsumidos dentro de la conducta que la ley describe como ilícita o dentro de los supuestos legales susceptibles de desencadenar un desfavor.

Los hechos singulares del caso, una vez acreditados en el expediente administrativo, ¿pueden ser comprendidos dentro de esa conducta o situación abstracta descrita por la ley? He aquí aquello que se pregunta el control sobre su calificación jurídica.

Pero la cuestión no pasaría de ser un silogismo más o menos mecánico, si no fuera por aquellas leyes que establecen de manera vaga e imprecisa esa conducta ilícita o condición de aplicación, amoldándose a interpretaciones extremadamente holgadas y extensivas. Si todas las leyes deben ser nítidas al describir, a modo de antecedente, la situación cuya ocurrencia conlleva una determinada consecuencia jurídica, como advertía San Isidoro de Sevilla, al señalar que la ley ha de ser clara y nunca oscura (*manifesta quoque*) para que a nadie induzca a error (*ne aliquid per obscuritatem in captione contineat*)¹, el caso es que aun más *chiare e precise* –decía Beccaria– debería serlo cuando refiere conductas o sucesos que, de tener lugar, acarrear sanciones u otra clase de consecuencias adversas, justamente para evitar su aplicación abusiva por parte del órgano de ejecución.

Es que, a despecho de la certeza jurídica exigida en el epígrafe del artículo 19 de la Constitución, cuando dice que “asegura” el catálogo de derechos reconocidos por ella, hoy abundan esas inciertas leyes que –al emplear conceptos indeterminados²– abren paso a la arbitrariedad e indefensión cuando quienes las aplican son órganos de la Administración³.

¹ *Etymologiae* v, XXI, 1 citado por Julio ALVEAR TÉLLEZ, en *Actualidad Jurídica*, pp. 16-17.

² Un clásico sobre la temática: Fernando, SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 364.

³ Respecto a los rótulos de que enseguida hablaremos, o “valores indeterminados o en blanco” (orden público, interés general, etc.) en su aplicación por los jueces, donde “a falta de precisión por la ley éstos deben poner literalmente todo”: Fernando, FUEYO LANERI, *Interpretación y juez*, pp. 117-125.

Palabras ambiguas, conceptos vagos

1. Para partir, convendría distinguir la ambigüedad que puede afectar a las palabras, de la vaguedad que puede afectar a los conceptos, expresados con tales palabras⁴.

La ambigüedad se presenta cuando un mismo término o palabra, en cuanto enunciado lingüístico, expresa varios significados distintos e incompatibles entre sí. Mientras que la vaguedad o indeterminación obedece a la inexistencia de aquellos elementos esenciales o notas inteligibles que connotan un concepto, circunstancia que impide delimitar con precisión si un sujeto u objeto cae dentro o fuera de su denotación o ámbito de aplicación⁵.

De manera que al hacerse presentes en una ley, en tanto la ambigüedad se agota a menudo en un problema de interpretación, solucionable a través de los métodos de hermenéutica legal, la vaguedad suele originar un problema de integración, que radica en completar cuáles son esas propiedades necesarias y suficientes que permiten connotar el concepto.

Por supuesto, no hay problema cuando la ley ocupa los llamados conceptos “jurídicos” indeterminados, propiamente tales, en tanto reconocibles dentro del acervo de una comunidad jurídica dada. Acaso no le daríamos muchas vueltas si se nos pide, en un caso, concretar cuánto ha de durar un “plazo razonable”, o cuál es el monto a que asciende el “justo precio” demandado.

Pero el asunto en cuestión asume relevancia cuando la ley emplea conceptos indeterminados, ajenos a lo jurídico, como condición para que la autoridad pueda ejercer una atribución o potestad. Sea que la ley no los delimite (conceptos totalmente indeterminados⁶), o sea que los deslinde de manera extensa o muy holgada (conceptos parcialmente indeterminados⁷).

⁴ Un ejemplo sencillo servirá para ilustrarlo: mientras la palabra *hombre, man, homme, uomo*, etc. puede variar según el lenguaje que se use, el concepto que expresa –“animal racional mortal”– es uno e invariable (al menos para los estoicos).

⁵ David MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, pp. 57-62, 198 y 205-206.

⁶ En lógica, concepto-juicio-razonamiento son las tres operaciones que forman el pensamiento. Por concepto se entiende la aprehensión –dentro de una fórmula abstracta y general– de aquellas características esenciales o relevantes de un objeto, indispensables para que éste sea lo que es. La ausencia total de dichas propiedades en la ley hace entonces que no exista concepto sino hasta que la autoridad administrativa llene ese vacío legal.

⁷ Aunque ajena al campo de las competencias administrativas, pongamos por caso la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información, cuando indica los hechos comprensivos del “interés público” que puede revestir una persona, a los efectos de ser alcanzada por los medios de comunicación social: los referentes al desempeño de funciones

2. Desde luego, a raíz de los desdibujados linderos que presentan estos conceptos o términos indeterminados (peligro inminente, interés público, daños de consideración, etc.), siempre habrá casos típicos de inclusión, frente a los cuales nadie con sentido común vacilaría en aplicar la locución o el concepto de marras, y otros eventos claros de exclusión, ante los cuales nadie dudaría en no aplicarla. A resultas de lo cual la cuestión se presenta en el medio, en esa zona más o menos extendida donde quedan los casos dudosos, o sea, aquellos que hacen mayoría:

“entre el área de los casos claros y la de los inequívocamente excluidos se extiende una imprecisa zona de fronteras, no susceptible de deslinde, como no sea por una decisión arbitraria”⁸.

Lo que nos hace recordar que cada concepto tiene un aspecto cualitativo, que se llama comprensión, y otro aspecto cuantitativo, que se denomina extensión. La comprensión o connotación es el conjunto de características o propiedades que lo definen. En tanto que la extensión o denotación son los entes u objetos que el concepto alcanza y engloba⁹.

Siendo, lógicamente, ambos aspectos inversamente proporcionales (a menor comprensión, mayor extensión y viceversa), es fácil darse cuenta que si se aumenta el número de propiedades características o notas de un concepto (connotación o comprensión), se encontrarán menos sujetos u objetos a quienes aplicar el concepto (denotación o extensión). Y que, en razón inversa, si un concepto se extiende a más es porque posee menos notas características¹⁰.

3. He ahí, entonces, el campo meramente potestativo con que contaría la autoridad administrativa, receptora de competencias indeterminadas de esta clase y supuestamente circunscrita en su actuación por ese legislador. Pues si el legislador no connota, es la autoridad administrativa quien libremente denota. Significando ello que el flexible concepto de que se trate, se expande o retrae según el parecer del órgano administrativo de

públicas; los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; los que se traduzcan en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos; los que consistieren en actividades a las cuales se haya tenido libre acceso por el público, y otros que la norma enumera (artículo 30).

⁸ Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 33.

⁹ Siguiendo con nuestro ejemplo, el concepto “hombre” tiene propiedades o contenidos esenciales que lo connotan (como animal-racional-mortal) además de otras accidentales (joven-viejo; alto-bajo, etc.). Dicho concepto denota o se extiende a todas las personas (hombre americano, hombre europeo, hombre asiático, etc.) en tanto calificables como hombres.

¹⁰ Juan Carlos OSSANDÓN VALDÉS, *Aprendiendo a pensar*, pp. 15-19.

aplicación, con la correlativa contracción o incremento del campo de acción legítima dejada a los privados, según veremos a continuación.

Situación que se torna aun más riesgosa cuando a veces se malcrea que –como en el sacramental derecho romano arcaico– el solo pronunciamiento de estas dúctiles fórmulas, por su propia virtud intrínseca, ahorraría la necesidad de justificar mayormente las decisiones administrativas tomadas a su amparo, haciéndolas inmune a toda revisión contralora o judicial.

Competencias genéricas y atribuciones difusas

1. De partida, convenir que han sido –y son– muchas las leyes que confieren poderes genéricos e ilimitados a órganos de la Administración, carentes de pautas estrictas u objetivas y que les permiten hacer lo que estimen conveniente en las circunstancias que ellos mismos consideren apropiadas.

¿Son, por ello, todas esas leyes idénticamente cuestionables?

Creemos que un primer distingo aquí se impone, consustancial a cualquier régimen que se base en el principio *pro cives*, en cuya virtud para la utilidad de las personas es que existe el Derecho (Modestino)¹¹. Pues si se quiere asegurar a los particulares las condiciones necesarias para su mayor desarrollo, y no imponerles otras cortapisas que las estrictamente necesarias para la acción legítima del Estado, acaso tales potestades amplias podrían tener eficacia *in bonus*, es decir, cuando se otorgan con miras a beneficiar directamente intereses generales o a favorecer el disfrute legítimo de derechos fundamentales¹². Resultando –en cambio– cuestionables *in pejus*, esto es cuando se prestan para abusos o amenazan perjudicar el ejercicio válido de esos derechos esenciales.

Dado que el Estado “está al servicio de la persona humana”, promoviendo el bien común “con pleno respeto a los derechos y garantías que

¹¹ Una aplicación del mismo en STC Rol 2793, considerando 20°. Afín, asimismo, al principio pro-persona: *odia restringi et favores convenit ampliari*.

¹² Un ejemplo es la Ley 16.282 que, en caso de “sismos y catástrofes”, permite al Estado atender a los “damnificados”, entendiéndose por tales a quienes hayan sufrido “daños de consideración” en su persona o en sus bienes. Consecuentemente, la cuantía, calidad y condiciones de la ayuda dependerán de los recursos extraordinarios disponibles y de la prudencia de la autoridad.

Otro caso se encuentra en la Ley 20.500, que define las organizaciones de “interés público” como aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es “la promoción del interés social, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común” (art. 15), a los efectos de recibir subvenciones o subsidios del Estado.

esta Constitución establece” (art. 1° inc. 4°), por ende, igual que todo aquel cuya función es procurar un provecho ajeno, habrá de contar con poderes muy claros y explícitos –superiores a los de administración ordinaria– cada vez que sus decisiones puedan revertir contra los beneficiarios, a quienes precisamente debe servir¹³.

2. El tema es que no son pocas las normas constitucionales y legales que prodigan estas vastas potestades administrativas y que, muchas veces, menos que servir de límite al poder o como garantía normativa a los derechos involucrados, parecen cernirse sobre ellos cual permanente amenaza: al emplear vocablos elásticos o conceptos indeterminados como condición de ejercicio (el “porqué” puede emplearse tal poder), así como al dispensar un ilimitado abanico de decisiones administrativas susceptibles de adoptar en su contra (el “qué” determinación puede discrecionalmente el órgano tomar), dejan hacer a la autoridad prácticamente lo que guste.

Además de que en esos casos de indeterminación el legislador no esté asignando competencias “expresas” a la autoridad, como manda la Constitución (art. 7°), resulta todavía más cuestionable la situación de indefensión que podría acarrear para el afectado por su ejercicio, al embarazar el control de juridicidad de los actos de esa autoridad, que implica hacerse cargo en plenitud de su adecuación a derecho. ¿Con cargo a qué criterio objetivo podrían resolver los jueces los reclamos contra la aplicación administrativa de estas leyes, en circunstancias que –se dice– su tarea ha de ajustarse a dichas normas sin sustituirse en las estimaciones que haga la autoridad?

Atendido el carácter subjetivo de la apreciación a que darían lugar tales enunciados abiertos o aplicaciones discrecionales, y –enseña la cátedra– comoquiera que cuanto menos precisa es la ley, tanto más convenientemente crece el margen de interpretación “plausible” concedido a la Administración, entonces a los jueces no les quedaría más remedio que declarar –salvo casos muy groseros– que el acto administrativo reclamado ante ellos se inscribe dentro de ese amplio campo de lo “legal”.

¹³ Por eso, según el art. 19 N° 26 de la Constitución las garantías que ésta establece sólo pueden ser objeto de preceptos legales que las limiten o restrinjan “en los casos que ella lo autoriza”. Es decir, en los casos que la Carta indica y el legislador connota (fijando “condiciones y requisitos” de aplicación), ya que sólo por excepción –en esos casos taxativamente autorizados– el ejercicio de la soberanía puede afectar los derechos esenciales (art. 5° inc. 2° CPR).

De donde deriva que los fundamentos de hecho y de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos administrativos que afectaren el legítimo ejercicio de los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan o perturben (art. 11 inc. 2° de la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos). V. nuestro “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, pp. 518-519.

¿Acaso ir más allá no expondría al juez por intervenir en una mera discrepancia de “percepciones”?

3. Aunque tampoco son escasas las ocasiones en que los tribunales se han sentido capaces de sostener que una decisión se adoptó *ultra vires*, desoyendo el alegato de la autoridad administrativa de haber actuado de manera legalmente irrefutable.

Como un ejemplo de cátedra cítase aquel caso en que un decreto pretendía dejar sin efecto anticipadamente cierto convenio administrativo invocando el “interés general”. La Corte de Santiago (1994), después de estimar que los hechos aducidos por la autoridad carecían de fuerza suficiente para configurar esa causal de “interés general”, sentó la correcta doctrina:

“Que las cláusulas abiertas que incluye el legislador mediante fórmulas elásticas más o menos vagas –interés general, utilidad pública, bienestar general, salud pública– otorgan al administrador un flexible arbitrio interpretativo, pero en todas las situaciones, las causales que determinan la creación del acto deben ser razonables y acreditadas si el asunto se ventila en sede jurisdiccional” (considerando 7°)¹⁴.

4. Mas, la prosaica realidad también nos dice que muchas de estas leyes potencialmente peligrosas se revelan funcionales a los dictados de la autoridad, dado que la sola traslación de uno de estos maleables conceptos –desde la norma general al acto administrativo– en la práctica ahorra toda justificación, pues casi cualquier hecho que se invoque podría eventualmente caber dentro de su elástica formulación.

En este sentido, nos fue dado censurar –otro ejemplo– la Ley 20.800 (art. 6°), que permite la intervención administrativa de cualquier universidad por circunstancias que impliquen un “riesgo serio de no garantizar la viabilidad administrativa o financiera de la institución” o por incumplimientos graves “de los compromisos académicos asumidos por la institución con sus estudiantes”¹⁵.

Independientemente del uso equilibrado que pueda darle la autoridad, la invocación de ciertas “irregularidades” cometidas por una universidad, ¿podrían ser desafiadas por ésta como insuficientes en sede judicial?

Por descontado que la respuesta a esta interrogante exige aceptar que el derecho a reclamo no puede ser meramente nominal, y que los justiciables han de contar con legítimas posibilidades de éxito si acuden a la vía jurisdiccional.

¹⁴ SCAA de Santiago (1994) Rol 3029-93, redacción del abogado integrante Mario VERDUGO M. SCS (1994) Rol 22.607, en *Gaceta Jurídica*, N° 166 p. 165-167.

¹⁵ STC Rol 2732-14, voto de minoría.

Justicia administrativa y recurso de inaplicabilidad

1. El caso es que la preocupación por este problema tiene su historia en Chile. Tiene que ver con los artículos 86 y 87 de la Carta de 1925, o sea con el control de constitucionalidad de las leyes y con el control de juridicidad de los actos administrativos.

1.1) El primero (artículo 86) introdujo el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en manos de la Corte Suprema. Una explicación perceptiva nos dice que ello se produjo ante el temor que despertó el posible abuso del legislador, ya que dicha Carta le permitió por primera vez establecer limitaciones al dominio, por conceptos tan amplios como “el mantenimiento y el progreso del orden social”, e imponerle obligaciones por un motivo tan extenso como son “los intereses generales del Estado” (art. 10 N° 10)¹⁶. A un tiempo que el texto constitucional permitía expropiar por razón de “utilidad pública” calificada por la ley¹⁷.

Recordemos además que por aquellos años ya asomaba el llamado “Estado Moderno”, con su mayor injerencia en la economía, y que en esa Carta de 1925 la libertad de industria también se reconocía a los particulares, pero con una delimitación análogamente ancha: “a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así” (art. 10 N° 14)¹⁸.

1.2) El segundo precepto (artículo 87) anunciaba la creación de unos futuros Tribunales Administrativos donde impugnar los actos o disposiciones “arbitrarias” de las autoridades políticas o administrativas. No insistiremos en el originario error de entender recreado en Chile, por eso, el modelo contencioso administrativo francés, en circunstancias que

¹⁶ Raúl BERTELSEN R., *El derecho de propiedad en la Constitución de 1925*, introducción a la obra de Enrique BRAHM “Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973” pp. 56-57. Tesis asumida (2014) por Elizabeth LIRA-BRIAN LOVEMAN en *Poder Judicial y conflictos políticos (Chile: 1925-1958)* N° 16.

¹⁷ Aunque por esa época sólo era impugnabile ante tribunales el monto de la indemnización, hubo casos en que se objetó –infructuosamente– la validez del acto expropiatorio y la constitucionalidad de la ley aplicada, por no cuadrar con aquella “utilidad pública”, como pasó con la Ley 7.200 (art. 19) en inaplicabilidad Corte Suprema 10.6.1949 “Compañía de Cervecerías Unidas”, pp. 518-525.

La posibilidad de reclamar en sede judicial la nulidad del acto administrativo expropiatorio, entre otras objeciones por “la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio” recién aparece en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 (art. 1 N° 16), y la regula así el DL 2.186 de 1978 (art. 9 letra a).

¹⁸ Adolfo IBÁÑEZ SM., *Historia de Chile (1860-1973)*, pp. 225-264. También nuestro *Derecho Administrativo Económico*, pp. 13-30.

no cabía sino reconocer que la nulidad de derecho público de los actos administrativos era una materia propia del Poder Judicial¹⁹.

Sí es de vislumbrar el propósito insinuado por algunos redactores de la Constitución de 1925, en orden a que ni el Legislativo ni el Poder Ejecutivo quedaran sin control jurisdiccional²⁰. Conscientes de que “cada día se están aumentando las atribuciones del Estado”, percibieron nítidamente que “los particulares pueden sufrir perjuicios por algunas resoluciones arbitrarias de las autoridades administrativas o políticas”, de suerte que así se trató de protegerlos “contra los abusos de las autoridades administrativas que deban ejecutarse de acuerdo con las leyes”²¹.

1.3) Advertimos pues una íntima relación entre ambos preceptos debutantes en aquella Constitución de 1925 (artículos 86 y 87), al venir puestos en sugestiva sucesión: uno para hacer frente al “abuso” del legislador y el otro para oponerse al “arbitrio” del administrador. De donde se entrevé que estos dos dispositivos fueron concebidos –principalmente– para impedir la extensión inmoderada de aquellas expresiones globales empleadas por la Constitución para delimitar, restringir o imponer prohibiciones a los señalados derechos esenciales: la Corte Suprema controlando los actos del Legislador y los Tribunales Administrativos controlando las concreciones de la Administración²².

En el papel, por lo menos, ambas acciones compaginaban perfectamente: si el reclamo contra un acto administrativo (en virtud del artículo 87) daba origen a un “juicio que se siguiere ante otro tribunal” (en los términos exigidos por el artículo 86), la Corte Suprema podía declarar inaplicable por inconstitucional la ley en que se basaba aquel acto de la autoridad²³.

¹⁹ Eduardo SOTO KLOSS, “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, p. 233-250.

²⁰ Criterio esbozado tempranamente por don Carlos FERNÁNDEZ PEÑA, en 1ª. Sesión de la Comisión Consultiva, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (1926).

²¹ *Actas Oficiales* citadas, pp. 368 y 518-520.

²² Respecto de las leyes que no se descuelgan de un precepto constitucional así de amplio, igualmente regía la exigencia del art. 4º CPR de 1925: sólo les es dable otorgar competencias “expresas” a la Administración. Requisito que mantiene la CPR de 1980 (ahora como art. 7º).

Sobre los indicadores que “expresan” la concesión de una competencia (quién-cómo-cuándo-por qué-para qué-qué decide), E. SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, pp. 54-55.

²³ Lo que daría pábulo para traer a Chile el artificio de la “inconstitucionalidad indirecta”: se entendía que si un decreto o resolución conceptuado como inconstitucional se había producido en ejecución de una ley, el vicio era imputable al legislador, materia

1.4) Todos sabemos que ambas salvaguardias fracasaron recién inauguradas, en el caso quizás más emblemático: el DL 520 de 1932, dictado durante el breve gobierno socialista de Carlos Dávila, que de un simple mecanismo de control de precios (limitación a la facultad de disposición inherente al dominio), derivó en un sistema global de regulación económica (restrictivo a la libertad de industria).

A cargo del Comisariato de Subsistencias y Precios (después llamado Dirección de Industria y Comercio), ese decreto ley le encomendaba funciones tan abultadas como asegurar a la población “las más convenientes condiciones económicas de vida” (art. 2°), a cuyos efectos le otorgó poderes para realizar “el control de la calidad y precio de los artículos de primera necesidad y de uso y consumo habitual”, considerando, además de los costos de producción, los “gastos inevitables y utilidades legítimas” (art. 3°).

La cuestión es que la Corte Suprema se negó a revisar la constitucionalidad de los decretos leyes, a pesar de conformar una normativa irregular no prevista por la Carta Fundamental, por entender que ello no cabía dentro de sus competencias al conocer de un recurso de inaplicabilidad²⁴. La Contraloría General –a su turno– decía que no tenía facultades para cuestionar la ponderación de las circunstancias que podían enmarcarse dentro de esas anchas causales legales, por corresponder ello al propio Comisariato²⁵. Y si algún reclamo de ilegalidad se intentó contra sus actos administrativos, el Poder Judicial se restó aduciendo que no podía quebrantar el principio de separación de poderes, por carecer de jurisdicción en materias contencioso administrativas²⁶.

2. Aunque no sólo en el campo económico se hizo uso y abuso de estas nociones confusas²⁷. Otros conceptos genéricos y expresiones inde-

que correspondía a la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad, y no a los órganos de control de validez de los actos de la Administración. Nuestra crítica a esta postura, en “La Constitución en riesgo”, pp. 57-72.

²⁴ Alejandro SILVA B., *Tratado de derecho constitucional*, pp. 440-441.

²⁵ A título meramente ejemplificativo en este sentido, v. Dictamen 70.768 de 1972.

²⁶ Véase el emblemático caso “Montero con Comisariato Departamental de La Serena”, SCS 14.10.1947, en *RDJ* tomo 45 (1947) 2.1, p. 248-250.

²⁷ Chaïm PERELMAN, “El uso y abuso de las nociones confusas”, pp. 11-23. Recordemos que, según algunos, la “noción” (con que se opera en el campo del derecho) es una idea vaga e imprecisa sobre algún aspecto de la realidad, que se diferencia del “concepto” (usado en las ciencias exactas), en cuanto éste supone la existencia de ciertas definiciones concretas e invariables, que describen claramente las características del respectivo objeto: Juan Abelardo HERNÁNDEZ FRANCO, *La mente jurídica. El razonamiento jurídico y sus formas de expresión argumentativa*, pp. 58-70.

terminadas, puestos como requisito para ejercer potestades administrativas, tuvieron incidencia en la adopción de sendas decisiones políticas, que asimismo quedaron fuera de todo control jurídico.

2.1) En efecto, la Carta de 1925 contemplaba la posibilidad de adoptar una serie de medidas restrictivas de derechos durante los periodos extraordinarios que por “la necesidad imperiosa de la defensa del Estado” podía autorizar la ley (art. 44 N° 13), así como durante los estados de sitio que se podía disponer por decreto si el Congreso se encontraba en receso para el evento de verificarse una “conmoción interior” (art. 72 N° 17).

Paralelamente, la Ley 7.200 de 1942 (art. 23) y después la Ley 12.927 de 1958, sobre Seguridad del Estado (art. 31) permitieron al Presidente de la República decretar por sí y ante sí -sin anuencia alguna del Congreso- zonas de emergencia, a través de las cuales se permitía asimismo coartar derechos fundamentales, entre otras causales por haberse configurado una “calamidad pública”²⁸.

2.2) Así operaba la cadena Constitución-ley-acto administrativo: la Carta permitía establecer estos estados de excepción por esas razones genéricas e indeterminadas. Luego venía la ley que, sin siquiera connotar o dar por establecidas dichas causales, a veces reproduciendo las mismas palabras sacramentales de la Constitución (“Por exigirlo la necesidad imperiosa de la defensa del Estado...”), enseguida facultaba detener y trasladar personas o suspender y restringir otros derechos fundamentales. Finalmente, el decreto de ejecución que concretaba tal o cual medida lesiva, respecto de una persona determinada, volvía a calcar idéntico motivo a modo de justificación²⁹.

2.3) ¿Inconstitucionalidad de esas leyes? A propósito de un recurso de amparo que se encontraba pendiente, en una ocasión se dedujo recurso de inaplicabilidad contra la Ley 8.940, que confería al Ejecutivo facultades extraordinarias por “conmoción interior”. La Corte Suprema, por sentencia de 1.4.1948 se marginó de una vez y para siempre diciendo así:

“no procede entrar a considerar si esa ley ha tenido o no por objeto atender a los fines que han debido inspirarla, y que son los únicos en que puede dictarse una ley restrictiva de la libertad personal, a lo que se agrega que

²⁸ Causal introducida por la Ley 13.959 de 1960, a raíz del terremoto ocurrido aquel año (hechos de la naturaleza), pero que no obstante fue utilizada para justificar decretos que aludían a conflictos laborales y gremiales o, incluso, a atentados terroristas (hechos del hombre).

²⁹ Carlos ANDRADE GEYWITZ, *Elementos de derecho constitucional chileno*, pp. 264-288 (en p. 266 la cita hecha a la ley “5.613”, debe entenderse efectuada a la ley “5.163”).

la necesidad o conveniencia de dictar semejante ley para cumplir los propósitos de la Constitución, es facultad privativa del Poder Legislativo”³⁰.

Y el mismo recurso de amparo estatuido en la Carta de 1925 (art. 16), aun siendo el remedio procesal de mayor alcurnia que el derecho público chileno podía concebir para la protección jurisdiccional de la libertad personal, en la práctica se reveló completamente inútil para hacer frente a las detenciones y traslados ordenados por el Presidente de la República durante tales estados de excepción: se rechazaron sistemáticamente todos los amparos con que se pretendía poner atajo a algunos actos represivos del gobierno, por considerar nuestros tribunales que no podían calificar las circunstancias que justificaban tales medidas³¹.

2.4) No sólo los tribunales desecharon inaplicabilidades y amparos. También se excluyó la Contraloría General de la República, al no objetar aquellos decretos supremos que declaraban algún estado de excepción constitucional³².

Se recuerda que, a raíz de una consulta formulada por la Asociación de Abogados de Santiago, en Dictamen 58.643 de 1973, Contraloría entendió que la configuración de un estado de “calamidad pública” (que podía gatillar un estado de emergencia directamente por el Ejecutivo) o de “conmoción interior” (que podía dar lugar a un estado de sitio por el Congreso Nacional) importaban una cuestión sobre apreciación de los hechos, por parte del Presidente de la República, cuya calificación correspondía exclusivamente a él, de donde extrajo que a ella no le competía analizar ni ponderar el criterio que inspiró la decisión del Jefe de Estado³³.

2.5) Todo lo cual se inscribe dentro de un contexto evanescente más amplio, en que, desde comienzos del siglo 20, la ley va perdiendo paulatinamente el carácter de norma sistemática y lógica, que reposa en

³⁰ Sentencia de 1.4.1948 (cons. 8°) en Gaceta de los Tribunales (1948 Primer Semestre) pp. 230-233.

³¹ Elena CAFFARENA, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, p. 221.

³² Gustavo FIAMMA OLIVARES, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?”, pp. 191-202.

³³ Para la consolidación de este punto de vista, en esta y otras materias: Dictámenes 30.692 de 1952; 17.785 y 43.315 de 1971; 13.481 de 1973; 40.756 de 1976; 23.377 de 1985; 5.830 de 1992, 9.269 de 1994, 25.403 de 1995, etc.

Un matiz, en Dictamen 27.756 de 2005: los “cambios de consideración” constituyen un *término jurídico indeterminado* que debe determinar la autoridad competente a efectos de fijar la normativa ambiental aplicable a un caso. Pero ello no obsta a la Contraloría pronunciarse acerca de la juridicidad de su aplicación: si los criterios fijados por la autoridad para determinar cuándo ocurre esa circunstancia son concordantes, o no, con la normativa imperante. Y si la aplicación de los referidos criterios a cada situación particular ha sido razonada y debidamente fundada, o no.

una larga meditación parlamentaria y que es escrita de manera concisa y accesible al público en general. La precisión, univocidad, coherencia y completitud que se predicaban como perfiles de la ley, ceden frente a la dinámica de los asuntos contingentes que ahora pretende abordar. Dando origen a ese torrente incontenible de normas que Carl Schmitt bautizó como “legislación motorizada”, cuya incoherencia y precariedad van de la mano con la babélica redacción de tales leyes³⁴.

Problemática que la doctrina germana denunciaría después con el nombre de “leyes medida” (*Massnahmegesetze*), para identificar la proliferación de normas en donde la generalidad y abstracción de las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se ven suplantadas por la particularidad y la concreción. O la “contaminación legislativa” de que hablan en el mundo anglosajón (*legal pollution*), para describir el actual aluvión normativo y en continua modificación, pero en grado no menor de complejidad y equivoicidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. Cuya secuela es que ya no son sólo los ciudadanos, sino que incluso los mismos legisladores, a más de jueces, abogados y funcionarios, los que se ven enfrentados a graves dificultades a la hora de conocer y aplicar el Derecho³⁵.

Y lo propio también se diagnosticó tempranamente en Chile, en cuanto a que desde los años 30 del siglo pasado, el orden administrativo comenzó a atiborrarse de leyes dictadas sin orden ni concierto, con escasa técnica legislativa, en la premura de atender apremiantes necesidades públicas³⁶. Y, por consiguiente, abiertas a las más elásticas interpretaciones administrativas, poniendo así en entredicho la idea de una nación regida por la ley y no por la voluntad o discreción de quienes detentan el poder de turno³⁷.

El que muchas de estas leyes no respondieran más que al afán de superar una coyuntura, cuando no de buscar soluciones a hechos específicos (*ad hoc*) o para abarcar sólo a determinadas personas (*ad hominem*), con vocación de permanencia calculable en cero, desmienten que tal indeterminación de esos conceptos, usados en las normas, constituya una exigencia al tratar de regular situaciones futuras e imprevisibles, que no cabría sino describir en forma así de moldeable.

2.6) Sabemos que parte de la doctrina comparada enseña que estas espaciosas condiciones de aplicación o conceptos indeterminados poseen

³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, p. 110.

³⁵ Antonio E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, pp. 74-79.

³⁶ Eduardo NOVOA MONREAL, “La crisis del sistema legal chileno”, pp. 227-243. Jorge TAPIA VALDÉS, *La técnica legislativa*, pp. 46-49. Bernardino BRAVO LIRA, “Seguridad jurídica y legalidad”, pp. 69-90.

³⁷ Nicolás ENTEICHE ROSALES, “Normas ‘circunstanciales’”, pp. 217-235.

una clara finalidad delimitadora para la acción del Estado³⁸. Aunque somos igualmente conscientes de que en la realidad ellos son propensos a la manipulación y se suelen barajar como implementos cuya sola invocación –cual franquicia– sirve para justificar cualquier decisión administrativa, eludiendo mayores fundamentaciones y haciéndola inasequible a toda revisión externa, contralora o judicial.

O sea, que gran parte de las veces han servido para legitimar a priori la hegemonía administrativa sobre el ejercicio de los derechos esenciales. Y esto, porque en tales casos la ley no ha oficiado como garantía normativa, al extender las posibilidades de afectación arbitraria de esos derechos, a un tiempo de reducirles la debida garantía jurisdiccional que asegure una tutela judicial efectiva a quienes resulten afectados.

Jurisprudencia constitucional

1. Si es que hemos de mencionar aquellos casos en que la presencia de estas cláusulas equívocas no ha inhibido a los órganos de control, cabría citar la célebre sentencia de 8 de noviembre 1973, donde la Corte Suprema declaró inaplicable una ley expropiatoria por no ajustarse a la Constitución, que, a la sazón, autorizaba esta forma de privación del dominio sólo en casos de “utilidad pública o de interés social” (art. 10 N° 10 inc. 7° CPR 1925):

“Aunque la ley declare o manifieste la existencia de cualquiera de estos motivos, si de su contexto aparece que no existe ni utilidad pública ni interés social, vulnera o infringe el precepto a que se ha hecho referencia, y cae bajo la fiscalización del recurso de inaplicabilidad”,

dijo en esa oportunidad la Suprema Corte.

Añadiendo que

“La Constitución no ha exigido de la ley la mera afirmación de la existencia de aquellos requisitos, sino el cumplimiento estricto de ellos y su formal declaración”,

y que

“no basta la aseveración de que existe interés social o utilidad pública, para que este requisito de la expropiación adquiera vida y consistencia

³⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, pp. 146-154.

si la causa de ella no es otra que el beneficio exclusivo de una persona determinada”³⁹.

2. El Tribunal Constitucional de Chile, por su parte, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley que le confía la propia Carta Fundamental, en varias oportunidades se ha pronunciado acerca de la invalidez que representan aquellas normas en cuya vastedad se incubaba el despotismo o la iniquidad.

Un anticipo se encuentra en sentencia Rol N° 43-1987, al revisar la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, que los sancionaba cuando

“no propendan a la defensa de la soberanía, independencia y unidad de la nación o no contribuyan a preservar la seguridad nacional, los valores esenciales de la tradición chilena y la paz social”.

Objetó allí dicho Tribunal que

“los conceptos señalados precedentemente son esenciales, pero para sancionar las conductas que los infrinjan debe la ley describirlas expresamente”,

según manda el principio constitucional de tipicidad (considerando 60°).

3. Igual aconteció con su sentencia Rol N° 176-1993, recaída en una modificación que se pretendía introducir a la Ley General de Telecomunicaciones, y que facultaba a la Subsecretaría del ramo para suspender el funcionamiento de un servicio por “razones de conveniencia o utilidad pública” (considerando 17°).

La que fue declarada contraria al artículo 19 N° 12 constitucional, al amagar la libertad allí asegurada de emitir opinión y la de informar, ya que el proyecto de ley examinado en dicha ocasión venía confiriendo una facultad al subsecretario “para decretarla discrecionalmente” por unas causales “que él mismo determina” (considerando 20°).

³⁹ *Fallos del Mes* N° 187 (1974) pp. 84-88. El art. 3° de la ley 17.151, declarado inaplicable, autorizaba a la Corporación de Mejoramiento Urbano para expropiar un inmueble específico “para lo cual se declara que existe utilidad pública” (inc. 1°). Enseguida, le ordenaba traspasar dicho inmueble, por el valor de la expropiación, a una persona determinada (inc. 3°).

Tal fallo desmiente que, al ser “calificada por el legislador”, la valoración de la causal de “utilidad pública” corresponda exclusiva y soberanamente al Poder Legislativo, lo que impediría su revisión a través de un recurso de inaplicabilidad, como postulaba por esos años Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Estatuto Constitucional del derecho de propiedad en Chile*, p. 408.

4. En sentencia Rol N° 286-1999 censuró un proyecto de ley donde se sancionaba la obstrucción a las investigaciones practicadas por la Fiscalía Nacional Económica, después de apremio con arresto, con penas de presidio a aquel que “continuare entorpeciendo la investigación o se rehusare a proporcionar antecedentes que conozca o que obren en su poder” (considerando 4°).

El que se estimó contario al artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución, porque

“la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma” (considerando 6°)⁴⁰.

5. Más clara, todavía, fue la sentencia Rol N° 389-2003, que objetó un proyecto de ley que le concedía a la Unidad de Análisis Financiero la competencia para requerir de cualquier persona “los antecedentes que estime necesarios” a fin de poder investigar los ilícitos económicos que caen dentro de su órbita fiscalizadora (considerando 9°).

Y que fue declarada inconstitucional, porque

“dicha habilitación se confiere sin trazar en la ley las pautas o parámetros, objetivos y controlables, que garanticen que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos, asumiendo la responsabilidad consecuente cuando los ha transgredido” (considerando 25°).

Agregó el Tribunal Constitucional en este veredicto que

“la disposición en examen merece ser calificada como discrecional, es decir, abierta, por la indeterminación que contiene, con respecto a las decisiones que el Director del órgano pertinente juzgue necesario llevar a la práctica” (considerando 26°),

circunstancia que reviste gravedad singular si se advierte que los derechos de las personas a la vida privada y a la reserva de sus comunicaciones quedan en potencial “situación de ser afectados”, sin que la iniciativa contemplara “los resguardos heterónomos indispensables, sobre todo de

⁴⁰ Si bien la imposición de la sanción se entregaba al competente juez del crimen, el proceso sólo podía abrirse a requerimiento del Fiscal Nacional Económico, previa autorización de la Comisión Resolutiva creada por el DL 211 de 1973.

naturaleza judicial, que eviten o rectifiquen tal eventualidad” (considerando 27°).

6. En sentencia Rol N° 433-2005 repitió esta doctrina, a propósito de una norma que permitía al Ministerio Público requerir a los bancos e instituciones financieras la entrega de cualquier antecedente sobre personas “que sean objeto de investigación” (considerando 12°). Objetando, nuevamente, que “dicha habilitación se concede sin trazar en la ley las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que dicho órgano estatal se ha sometido a ellas” (considerando 30°) y

“no contemplándose en el precepto los controles heterónomos indispensables de carácter jurisdiccional para que, ante una norma de carácter tan genérico como la que se analiza, los derechos del afectado sean debidamente respetados por el órgano investigador” (considerando 31°).

Constata el fallo que se trata de una facultad de

“carácter discrecional por la indeterminación que conlleva en relación con las diligencias que el Ministerio Público juzgue necesarias llevar a la práctica”,

lo que deja los derechos a la vida personal y a la reserva de las comunicaciones privadas “en situación de ser afectados en su esencia”, tornando inconstitucional la norma que confería dicha potestad (considerando 34°).

7. Hay otros dos casos, dignos de mención. En la sentencia Rol N° 2299-2012, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una ley que impedía construir en un terreno, que quedó enclavado dentro de una zona típica declarada como tal después de su adquisición, si las obras proyectadas no se avienen con el “estilo arquitectónico general” a juicio del Consejo de Monumentos Nacionales (art. 30 de la Ley 17.288).

La otra es la sentencia Rol N° 2684-2014, respecto a la improcedencia de que una industria legalmente instalada fuera erradicada por el alcalde local, por haber quedado a posteriori dentro de una zona residencial y por causar inespecíficas “molestias” al vecindario, según permite la dilatada Ley de Urbanismo y Construcciones (art. 62 inc. 2°)⁴¹.

⁴¹ Sobre limitaciones o restricciones a derechos y la improcedencia de que la ley acuda a disposiciones abiertas o enunciados globales, sin precisar los parámetros objetivos y controlables que hacen procedente su imposición: STC Rol 198-1994, considerando 10°, STC Rol 226-1995 considerando 47°, STC Rol 280-1998, considerando 29°, STC Rol 370-2003, considerando 31°, STC Rol 389-2003 considerando 25°, y STC Rol 433-2005, considerandos 30°, 31° y 34°.

Potestades administrativas expresas y salvaguarda jurisdiccional efectiva

El buen sentido jurídico y el derecho constitucional dicen que los órganos del Estado sólo pueden hacer lo que les permite “expresamente” la ley. Acorde con el léxico, entonces, las competencias o poderes del Estado deben venir legalmente dados de un modo claro, patente o especificado.

1. La premisa normativa que valida una actuación estatal ha de ser pues una ley “expresa”, regla general y abstracta que –por de pronto– debe asumir la forma de un enunciado condicional compuesto por dos proposiciones: un antecedente, donde se describe el supuesto genérico o las circunstancias fácticas que permiten su aplicación (ser “exonerado político” o haber hecho “uso de información privilegiada”), seguido de un consecuente, donde se establece el efecto jurídico atribuido en caso de darse en la práctica lo anterior (la concesión de una “pensión” o la imposición de un castigo o “sanción”, oscilantes dentro de los respectivos márgenes legales).

El antecedente es el “porqué” puede ejercitarse la potestad. El consecuente es “qué” decisión puede adoptar la autoridad (si p , entonces q)⁴².

2. Y la precisión en ese “porqué” puede ejercerse una potestad, en la ley y en el acto administrativo dictado en su virtud, resulta determinante cuando se tocan derechos o intereses legítimos, al punto de poder obstruir el control jurídico cuando esa condición se hace consistir en motivos genéricos o conceptos indeterminados, hasta llegar a consumar una situación de indefensión para el afectado.

La Constitución (art. 19 N° 11) dice que la libertad de enseñanza que poseen las universidades no puede contrariar “la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. La Ley General de Educación repite a la letra –sin precisar nada más– que el Estado puede revocar el reconocimiento oficial de una universidad si realizare actividades contrarias a “la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional” (art. 64 letra b)⁴³.

Y vuelta a la pregunta inicial: un acto administrativo de revocación, que por un hecho cualquiera apelara a uno de estos conceptos, sin duda sería potencialmente justiciable (en teoría); pero ¿podría ser efectivamente justiciado (en la práctica)?

⁴² Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 171, 183, 301 ss.

⁴³ Sobre la necesidad de que el legislador aborde la concreción de este tipo de prohibiciones constitucionales genéricas, la forma en que pueden ser aplicadas y los mecanismos de intervención jurisdiccional que eviten la ilegalidad o el abuso, v. Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, tomo I p. 300 y tomo II pp. 351, 372-375 y 377.

3. Se suele acusar del problema a las limitaciones que a la hora de describir pautas generales presenta el lenguaje común, en que deben ser escritas las normas:

“Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir al lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que invariablemente tienen cierto grado de vaguedad”.

Señalándose que

“por otra parte, las normas jurídicas más importantes son generales. Cuando se formula una norma general, se tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de la regulación. Pero como los legisladores no son omniscientes, obviamente no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se da una solución diferente de la que se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes”⁴⁴.

4. En esta línea se inscribe la sentencia Rol N° 2541-2013, cuando el Tribunal Constitucional examinó preventivamente la Ley N° 20.750, sobre introducción de la televisión digital en Chile. Al revisar uno de sus preceptos –nuevo artículo 12 letra m) de la Ley que creó el Consejo Nacional de Televisión– se produjo discrepancia en torno a la facultad que se otorgaba a la autoridad para disponer obligatoriamente la transmisión televisiva de campañas “de utilidad o interés público”.

De una, la ley decía que se entenderá por campaña de “interés público” aquellas transmisiones diseñadas por el gobierno y que se debe transmitir “con el objeto de proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas”. De otra, no acotaba de manera alguna qué elementos componían una eventual campaña de “utilidad pública”.

El Tribunal, esta vez, fue menos estricto que en ocasiones anteriores, tratándose de leyes que imponen coacciones o cargas a las personas, y admitió la introducción de estas laxas nociones, por tratarse –dijo– de

⁴⁴ Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 45.

“conceptos jurídicos indeterminados, que buscan atrapar bajo ciertos estándares o fórmulas verbales, realidades variables” (considerando 50°)⁴⁵.

Eso sí, con cuatro votos disidentes, por la extrema elasticidad con que estas y otras normas aluden a este tipo de conceptos, o por ni siquiera intentar connotar otras nociones de igual vaguedad, dando pábulo para que en la práctica pueda abusarse de la nueva atribución gubernamental, en desmedro de la libertad de expresión⁴⁶.

Recuento final

1. La interrogante acerca de la suficiencia y transparencia de la ley sigue vigente, al observar textos donde los motivos que componen ese “porqué” puede la autoridad afectar derechos fundamentales se hacen consistir en conceptos vagos o jurídicamente irreconocibles, así como en expresiones cuyos límites se presentan extremadamente borrosos y difusos⁴⁷.

Nos hemos detenido aquí en esas leyes –potencialmente abusivas– donde se utiliza una terminología sin sustancia y coloidal, en que apenas se insinúa algo real o en las que ni siquiera se intenta darles alguna especificidad. Vale decir, cuando una norma constitucional o legal se vale de los llamados “conceptos indeterminados” con vistas a justificar una sanción o restricción de derechos por parte de la Administración.

2. Y llamamos la atención de que esta situación de intrínseco vacío, al envolver un consentimiento para que la Administración complete o integre la norma legal⁴⁸, puede dar pie a un abuso al momento de rematar la obra inconclusa del Legislador, con el consiguiente detrimento del derecho a una tutela judicial efectiva.

Hemos hablado pues de aquellas leyes resolutas que pueden propiciar, y de hecho propician, la injusticia y la arbitrariedad.

⁴⁵ STC 1295-2009 ya había señalado que no le cabe revisar la “precisión y completitud” de una ley que impone cargas públicas, por constituir una cuestión de “mérito” legislativo, ajena a las competencias del Tribunal Constitucional.

⁴⁶ Retomó vigencia el tema –si cabía o no dentro del variable concepto de “utilidad pública”– cuando se impuso la cadena obligatoria de televisión para un espacio publicitario elaborado por el gobierno, incentivando el “proceso constituyente”: *El Mercurio* (Santiago) martes 12.4.2016 cuerpo C p. 2.

⁴⁷ Lo mismo que cuando el contenido de la decisión a adoptar por la autoridad –“qué” objeto puede tener– no aparece acotado por la ley de un modo preciso y determinado.

⁴⁸ Lo que algunos estimarán de suyo irregular, ya que en nuestro derecho patrio no cabe la delegación de potestades legislativas en la Administración, en materias relativas a las garantías constitucionales, por prohibición del art. 64 inc. 2° CPR.

3. Ciertamente, no existen áreas o zonas vedadas al control de juridicidad, desde que los tribunales pueden revisar la plena conformidad a derecho de cualquier acto de la autoridad⁴⁹. Acorde con el principio *bonum ex integra causa*⁵⁰, en el sentido de que todo acto estatal ha de ser conforme a derecho en su completa integridad, en todas sus circunstancias, requisitos y exigencias, la Ley 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, luego de reiterar la sujeción que sus órganos deben al ordenamiento jurídico, salvaguarda que “*Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*” (art. 2, énfasis agregado).

El problema no está, pues, en la imposibilidad nominal de controlar la calificación jurídica de los hechos que justifican una decisión administrativa desfavorable a los derechos de las personas, sino en la dificultad real que significa realizar el mismo⁵¹. Tarea ímproba –hemos visto– cuando se trata de subsumir los hechos del caso individual en el supuesto genérico descrito por la premisa legal, debido a la indeterminación o vaguedad lingüística en que suele incurrir el legislador, al emplear estos conceptos difícilmente aprehensibles.

¿Serán capaces los jueces de atender un reclamo de ilegalidad que cuestione una calificación jurídica efectuada por la autoridad, en estas condiciones de plasticidad legal? El afectado, en sede judicial, ¿tiene una chance efectiva de éxito, si alega que los hechos del caso no configuran la “utilidad pública”, las “convenientes condiciones económicas de vida”, las “razones de conveniencia”, el “estilo arquitectónico general” o las “molestias al vecindario”, que la ley permite invocar para afectar su derecho fundamental?

4. El legislador no debe omitir redondear los conceptos de que se trata, con sus propiedades objetivas, comoquiera que la certeza jurídica se resiente gravemente si no se indica en qué casos contrastables pueden

⁴⁹ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 607-608.

⁵⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 1-2, 19, 6 ad. 1.

⁵¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, ya desde 1974 en *La lucha contra las inmunidades del poder* rescataba uno de los mayores aportes de la ciencia jurídica alemana, al diferenciar la discrecionalidad (que admite varias soluciones posibles) de los conceptos jurídicos indeterminados (cuya calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto en ese evento dado), pp. 32-42.

Sobre la “discrecionalidad interpretativa” a que darían lugar los conceptos indeterminados, que por generar propuestas interpretativas lógicamente excluyentes sólo admiten una solución (no necesariamente correcta): Juan IGARTUA SALAVERRIA, “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, pp. 535-554 [El que alguien diga que va a “Santiago”: ¿se refiere a Santiago de Compostela, Santiago de Chile o a Santiago de Cuba?].

ser afectados los derechos de las personas, al dejárselas abandonadas a la eventual arbitrariedad administrativa y en situación de virtual desamparo judicial.

Justamente para asegurar la consecución del bien común general con pleno respeto a los derechos y garantías que establece la Constitución (art. 1° inc. 4°), es que la ley debe fungir como garantía normativa, connotando precisamente los supuestos claros y conocidos que hacen procedente afectarlos. De modo que si en la práctica no se dan esas condiciones, pueda el perjudicado impugnar la ilegalidad del acto administrativo de restricción o sanción, en ejercicio de la garantía jurisdiccional que, a una tutela efectiva, debe serle reconocida.

Lo contrario es una ley apta para el abuso, pues al no acotar esas circunstancias justificantes y ceder su determinación al órgano administrativo de ejecución, en tanto susceptibles de ser ampliadas sin medida ni contención, ello estrecha las reales posibilidades de control que tienen los tribunales requeridos al efecto por las personas aquejadas. ¿Cómo sentenciar que un hecho o antecedente fáctico, invocado por la autoridad, no encaja dentro de aquel concepto cuyo alcance es definido por la misma autoridad?

Punto menos que imposible, si ese control se reduce a la mera legalidad y no se encamina a indagar la arbitrariedad.

5. Ya Aristóteles decía –empero– que

“Es sumamente importante que las leyes que estén bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan”⁵².

Sí, “hasta donde sea posible”: si la consagración de estos conceptos indeterminados no obedece a la falta de prolijidad ni llevan por designio amagar innecesariamente derechos fundamentales, sino que son menester para comprender un conjunto de complejas situaciones imposibles de acotar a priori, acaso las leyes que los recogen no serían de suyo inconstitucionales⁵³.

⁵² ARISTÓTELES, *Retórica* 1354^a 32 [164].

⁵³ *Mutatis mutanda*, como pasa con los Estados de Excepción que proceden en casos de “conmoción interior”, “calamidad pública” o “grave daño para la seguridad de la Nación”, durante cuya vigencia cabe incluso suspender o restringir determinados derechos asegurados por la Constitución (arts. 39-45): si bien la ley orgánica que los regula (N° 18.415) no entra a precisar estos conceptos, la propia Carta contempla y refuerza –como contrapeso– la correspondiente garantía judicial.

El texto original de la Carta de 1980, a propósito de los recursos de amparo y protección durante tales estados de excepción decía que “los tribunales de justicia no

Si y solo si tales leyes compendiosas establecen a la par una robusta garantía jurisdiccional. Que considere especialmente la posibilidad de reclamar la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto de restricción o sanción administrativa, con más la obligación procesal del órgano requerido de explicitar, conforme al principio de transparencia recogido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, cuáles fueron las razones generales y objetivas, previamente determinadas en antecedentes comprobables, que llevaron a deslindar el concepto indeterminado de que se trate, de forma tal que los hechos materia del juicio puedan caber en él⁵⁴.

Y todo esto, naturalmente, bajo apereamiento de operar una presunción judicial en su contra, si la autoridad no logra descartar toda sombra de abuso; de que no ha intentado una racionalización *post hoc* ni ha efectuado una postrera apreciación acomodaticia de aquel concepto indeterminado, con el designio de menoscabar arbitrariamente a los particulares.

Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “El programa de Bachelet y el deterioro del Estado de Derecho. Derechos humanos, Estado Social y seguridad jurídica” en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 31, Santiago-Chile, 2015, pp. 16-17.
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BERTELSEN, Raúl, *El derecho de propiedad en la Constitución de 1925*, Santiago, Universidad de Los Andes, 1999.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Seguridad jurídica y legalidad” en *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6 Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 69-90.

podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades” (art. 41 N° 3 inc. 3°). Norma que fue atenuada con la reforma constitucional de 1989 (LRC N° 18.825), al sólo restringir que “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción” (art. 45), dejando a salvo la plena procedencia de dichas acciones contra las medidas particulares de suspensión y restricción que agraven directamente a personas determinadas.

⁵⁴ Algo así como hace la Ley 19.886 sobre contratos administrativos, que a objeto de precisar la oferta “más ventajosa” prevé que ello debe acotarse por anticipado en las respectivas bases de licitación (art. 6°), además de la posibilidad de reclamar contra la ilegalidad o arbitrariedad de la adjudicación ante el tribunal especial que dicho cuerpo legislativo establece (art. 24).

- CAFFARENA, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, Impresores San Francisco, 1957.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, “Normas ‘circunstanciales’”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 25, Santiago, 2012, pp. 217-235.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, 3ª ed., Santiago Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo I y tomo II.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Estatuto Constitucional del derecho de propiedad en Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- FERNÁNDEZ PEÑA, Carlos, en 1ª Sesión de la Comisión Consultiva, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1926.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?* en Libro Homenaje “La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional (1927-1977)”, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 191-202.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez*, Universidad de Chile-Centro de Estudios Ratio Iuris, Santiago, 1976.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Madrid, Cívitas, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Cívitas, 1999.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *La mente jurídica. El razonamiento jurídico y sus formas de expresión argumentativa*, México, Editorial Novum, 2014.
- IBÁÑEZ Adolfo, *Historia de Chile (1860-1973)*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2013, tomo I.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas*, N° 92, Madrid, 1996, pp. 535-554.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel-Planeta, 2013.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “La crisis del sistema legal chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 62, Santiago-Chile, 1965, pp. 227-243.
- OSSANDÓN VALDÉS, Juan Carlos, *Aprendiendo a pensar*, 2ª ed., Santiago, Editorial Monasterio, 2011.
- PERELMAN, Chaïm, “El uso y abuso de las nociones confusas”, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, N° 31/32, Santiago, 1982, pp. 11-23.

- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011.
- SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SILVA, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, *en Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 21/22, Santiago, 1977, pp. 233-250.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2012.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, *La técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

JURISPRUDENCIA

- SCA de Santiago (1994): Rol 3029-93, 31 de enero de 1994.
- SCS (1994): Rol 22.607-94, 10 marzo de 1994.
- STC (1994): Rol 198-94, 04 de octubre de 1994, considerando 10°.
- STC (1995): Rol 226-95, 02 de octubre de 1995, considerando 47°.
- STC (1998): Rol 280-98, 16 de septiembre de 1998, considerando 29°.
- STC (2003): Rol 370-03, 28 de febrero de 2003, considerando 31°.
- STC (2003): Rol 389-03, 09 de septiembre de 2003, considerando 25°.
- STC (2005): Rol 433-05, 07 de enero de 2005, considerando 30°, 31° y 34°.
- STC (2014): Rol 2732-14, 27 de octubre de 2014.