



UNIVERSIDAD DE CHILE,
FACULTAD DE DERECHO.
Departamento de Derecho Internacional.

**EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
COMO LÍMITE, CONTROL Y GUÍA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAMILO ANDRÉS CORNEJO MARTÍNEZ.

Profesor Guía: Dr. Claudio Nash Rojas.

SANTIAGO, CHILE.

2.017.

Tabla de abreviaturas	4
Resumen	5
Introducción	6
CAPÍTULO 1	9
El DIDH como límite y control del ejercicio del poder	9
1.1 El alcance de las limitaciones que realiza el DIDH.....	10
1.2 Las potestades discrecionales de la administración y el DIDH.....	16
CAPÍTULO 2	21
Fundamentos normativos del DIDH como estándar de control de la discrecionalidad administrativa	21
2.1 Necesidad jurídica (imperatividad) de la realización del control.....	21
2.1.1 Obligaciones suscritas por Pactos Globales.....	21
2.1.2 Obligaciones asumidas con la suscripción de pactos regionales.....	26
2.1.3 Cumplimiento de los DDHH y las normas nacionales.....	34
2.2 La dignidad humana, como justificación del control a las potestades discrecionales. ..	38
CAPÍTULO 3	42
Los tribunales ordinarios y la aplicación del DIDH para controlar la discrecionalidad administrativa	42
3.1 Primera corroboración: <i>DIDH sí ha sido entendido como un límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa</i>	43
3.2 Segunda corroboración: <i>Existencia de un desarrollo jurisprudencial consciente e intencionado</i>	46
3.3 Tercera corroboración: <i>Corresponde a los Tribunales de Justicia controlar que la discrecionalidad no lesione los DDHH</i>	49
3.4 Cuarta corroboración: <i>Constituyen un mandato obligatorio para los Órganos de Administración del Estado –OAE en adelante- cumplir el DIDH, aun cuando gocen de discrecionalidad</i>	51
3.5 Quinta corroboración: <i>El DIDH guía u orienta el ejercicio de las potestades discrecionales</i>	54
3.6 Sexta corroboración: <i>La razonabilidad y proporcionalidad como mecanismo utilizado para controlar si la discrecionalidad administrativa respeta el DIDH</i>	55
3.7 Séptima corroboración: <i>Posible extensión del razonamiento a actos realizados por particulares</i>	58

3.8 Algunas consideraciones de la jurisprudencia analizada.....	62
CAPÍTULO 4.	64
Tribunal Constitucional, potestades discrecionales y Derechos Humanos.	64
4.1 Limitaciones de la jurisprudencia de este foro.....	64
4.1.1 Poca implementación de estándares internacionales por parte del Tribunal Constitucional. 65	
4.1.2 Tesis de la legalidad de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, como limitante de la discusión.....	67
4.2 El Tribunal Constitucional y las potestades discrecionales.	69
4.3 Primera corroboración: <i>Existencia de un precedente previo</i>	70
4.4 Segunda corroboración: <i>Caracterización previa del tipo de potestades</i>	72
4.5. Tercera corroboración: <i>Las potestades discrecionales no son inconstitucionales.</i>	74
4.6. Cuarta corroboración: <i>El DIDH constituye un límite a la potestad discrecional</i>	76
4.7. Quinta corroboración: <i>La discrecionalidad no puede devenir en arbitrariedad, al ser limitada por el DIDH</i>	78
4.8. Sexta Consideración: <i>El DIDH limita las potestades discrecionales, aun cuando éstas descansan en normas pre-convencionales</i>	80
4.9. Séptima corroboración: <i>El DIDH orienta el ejercicio de las potestades discrecionales.</i>	81
4.10 Recapitulación de los elementos identificados ante el Tribunal Constitucional.....	83
CAPÍTULO 5.	85
El análisis doctrinario de la discrecionalidad administrativa y las exigencias del DIDH.	85
5.1 Ausencia dogmática de un tratamiento integral de la cuestión.	87
5.2 La doctrina comparada.....	91
5.3 El impacto de los Derechos Humanos en los 4 elementos de la discrecionalidad.....	97
5.4 Principales fundamentaciones dogmáticas de la discrecionalidad y su compatibilización con el lenguaje del DIDH.....	101
CAPÍTULO 6.	109
Algunas conclusiones	109
6.1 La discrecionalidad administrativa es solo un ejemplo del Impacto sustantivo del DIDH en los ordenamientos jurídicos nacionales.	110
6.2 El DIDH constituye un genuino límite a la discrecionalidad.	111

6.3	Necesidad e imperatividad jurídica de respetar, promover y garantizar los DDHH.....	112
6.4	La construcción de reglas jurídicas relativas a la materia por nuestros Tribunales Ordinarios.....	113
6.5	Los aportes del Tribunal Constitucional a la materia.....	114
6.6	La necesidad de un estudio dogmático.....	115
BIBLIOGRAFÍA.	117

TABLA DE ABREVIATURAS.

DIDH	: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DDHH	: Derechos Humanos.
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Declaración Universal	: Declaración Universal de Derechos Humanos.
Comisión IDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Convención Americana	: Convención Americana sobre Derechos Humanos.
TC	: Tribunal Constitucional.
OAE	: Órganos de la Administración del Estado.

RESUMEN.

El reconocimiento formal que realizó nuestro ordenamiento jurídico a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha importado nuevos desafíos al sistema jurídico, toda vez que ha sido necesario compatibilizar en lo sustantivo estas nuevas exigencias jurídicas, con normas e instituciones que operaban con anterioridad en nuestro derecho.

Por medio de esta investigación, se analizará uno de los impactos particulares que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en un concepto central y de usual aplicación en la vida administrativa: *las potestades discrecionales*.

La relación “Derechos Humanos – Potestades Discrecionales”, pese a que de modo doctrinario no ha sido mayormente explorada, en el discurso jurisprudencial se está dando un interesante discusión, que ha dado origen a una serie de reglas de fuente judicial que se extraen de la relación entre ambos fenómenos.

Así, ha sido posible observar que en el último período, nuestros Tribunales han comenzado crecientemente a discutir si las exigencias propias de los Derechos Humanos limitan, controlan y guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. De consolidarse esta interpretación, nos podría llevar a una refundación del concepto, su campo de aplicación, sus límites, y estándares de control judicial.

INTRODUCCIÓN.

*“No soy descendiente de esclavos,
yo desciendo de seres humanos que fueron esclavizados”.*

Makota Valdina.

La Asamblea General de Naciones Unidas crea año 2006 el Examen Periódico Universal, instancia que permite a los distintos países miembro conocer las medidas y avances que, un Estado informante ha tomado en materia de cumplimiento de los compromisos internacionales relativos a Derechos Humanos.

En esta instancia, los países no solo conocen y controlan las medidas adoptadas por quien informa, sino que también intercambian experiencias y recomendaciones. Así, de modo conjunto se contribuye al cumplimiento de los pactos internacionales.

Para el caso chileno, por ejemplo, el año 2014 se “recibió un total de 185 recomendaciones formuladas por 84 Estados. (...), las recomendaciones formuladas fueron revisadas integralmente por los ministerios y servicios públicos concernidos, con la finalidad de adecuar la posición del Estado de Chile a los compromisos y prioridades del programa de gobierno. Conforme a esta revisión, se extendió la aceptación a un total de 180 recomendaciones (...)”¹.

Si bien con este ejercicio que realizan los Estados se podría explicar la historia misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en adelante DIDH–, por de pronto nos interesa rescatar en particular una gran idea que se ve reflejada por este mecanismo: *El DIDH es un estándar exigible que requiere de Estados una actitud positiva de modificación, derogación y actualización de todas aquellas prácticas internas que colisionan con los principios, reglas y compromisos de este nuevo paradigma normativo.*

Con esto vemos que, no solo importa resolver la pregunta acerca de la recepción formal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. También existe otro importante fenómeno, que dice relación con el impacto sustantivo que ha tenido esta rama en los derechos locales,

¹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE. 2014. Informe EPU Chile 2014-Consejo de Derechos Humanos. [En línea] <http://www.minrel.gov.cl/informe-epu-chile-2014-consejo-de-derechos-humanos/minrel/2013-08-07/164104.html#vtxt_cuerpo_T1> [Consultada 27 de agosto de 2016].

y que se ha traducido –ni más ni menos- que en la transformación y reestructuración de instituciones clásicas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

En este sentido, Alfonso Santiago explica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “ha significado una transformación profunda e importante de los ordenamientos jurídicos locales y de sus sistemas internos de fuentes del derecho, que se han tornado claramente más complejos”².

Estos procesos de transformación se explican porque los DDHH son un proyecto colectivo, que propugna el respeto y protección de la dignidad intrínseca que tiene todo humano. Su ejecución, la más de las veces, ha chocado con instituciones y prácticas históricas que, ejercidas casi de modo inconsciente, obstruyen el respeto por la condición humana.

Ese es precisamente uno de los objetivos de instancias tales como el Examen Periódico Universal, testear cómo los Estados van modificando estas prácticas e instituciones. Basta con que retomemos las cifras antes citadas: solo Chile el año 2014 recibió un total de 185 recomendaciones, por parte de 84 Estados distintos.

Bajo esos números, es muy gráfica la manera en que el DIDH ha impactado en lo sustantivo de nuestras instituciones.

Es esta observación³, la que queremos estudiar y analizar en la presente memoria de grado. Se propone en particular, observar cómo las potestades discrecionales de la administración se han visto impactadas por las exigencias que impone el respeto por los Derechos Humanos.

Formulado en términos interrogativos, la cuestión es *¿cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha servido para limitar, justificar, controlar y reinterpretar las facultades y potestades discrecionales con las que cuenta la administración?*

Para abordar este fenómeno, transitaremos en los próximos 6 capítulos por las siguientes ideas: (i) El DIDH como límite y control discrecional de la administración; (ii) La necesidad, justificación y fundamento normativo de este control; (iii) La aplicación de estándares del

² SANTIAGO, A. 2009. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico. [En línea] < <http://www.ancmip.org.ar/user/files/04santiago.pdf> > [consulta: 21 de agosto de 2016], pág. 47.

³ Esta observación fue realizada (y se encuentra siendo estudiada con todas sus implicancias y complejidades), por el Dr. Claudio Nash, responsable del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1150571, titulado “*Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile. El proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto en la protección de grupos discriminados*”, del que esta memoria es solo una mínima parte, y que representa solo uno de los alcances sustantivos del DIDH.

DIDH por la justicia ordinaria; (iv) La cuestión ante nuestro Tribunal Constitucional; (v) Los pronunciamientos doctrinarios, y a modo corolario (vi) Algunas conclusiones tentativas sobre este fenómeno de reciente desarrollo.

De modo correlativo, en cada uno de estos capítulos, se pretenden abordar las siguientes interrogantes:

Capítulo 1: ¿alcanza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al espacio de discrecionalidad reconocido a la administración?

Capítulo 2: ¿cuál es la justificación normativa que exige que el DIDH actúe como límite e influencia de las potestades discrecionales?

Capítulo 3: En los hechos, ¿ha empleado nuestra justicia ordinaria los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para configurar el alcance de las potestades discrecionales?

Capítulo 4: ¿ha empleado nuestro Tribunal Constitucional los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para configurar el alcance de las potestades discrecionales?

Capítulo 5: ¿cómo se ha pronunciado nuestra doctrina sobre este fenómeno?

Capítulo 6: ¿en suma, cuál es el estado de la situación en nuestro ordenamiento jurídico?

CAPÍTULO 1.

EL DIDH COMO LÍMITE Y CONTROL DEL EJERCICIO DEL PODER.

Desde un punto de vista dogmático, es posible encontrar distintos antecedentes y fundamentos que explican el nacimiento de los Derechos Humanos. Con todo, debemos observar que su desarrollo internacional, es un fenómeno reciente.

Explica el Dr. Claudio Nash que, “El siglo XX fue testigo del progresivo desarrollo del DIDH, como una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional (la escasa protección constitucional), como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX (basados en una mirada desde los Estados y su soberanía)”⁴.

Esta respuesta histórica, se da como consecuencia de los traumas que significaron la Segunda Guerra Mundial. “Dichas experiencias confluyeron en que la comunidad internacional asumiera la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos de los abusos en el ejercicio del poder por parte de los Estados. Esto se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos, como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la creación de órganos jurisdiccionales para la protección de los derechos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)”⁵.

Con esto, si se me permite parafrasear al profesor Sergio García, “El Estado ya no puede disponer a su arbitrio de los individuos que se hallan bajo su jurisdicción y, lo que es más importante, bajo su imperio en más de un sentido: de *jure* y de *facto*”⁶.

Así, no es que los Estados solo deban evitar situaciones *de facto* que importen una vulneración a los Derechos Humanos. Éstos tampoco pueden -de modo arbitrario, discriminatorio e injustificado- fundar una afectación a la dignidad de las personas, en una habilitación jurídica.

⁴ NASH, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, p. 13.

⁵ *Ibíd.*, p. 13.

⁶ GARCÍA, S. 2002. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 6.

Esta es la vocación misma del DIDH. Dada la posibilidad de ejercicio abusivo por quienes actúan en nombre del poder soberano, es que resultan ser necesarios mecanismos –no solo nacionales, ni los clásicos mecanismos internacionales- que resguarden a las personas ante estos actos desmedidos y antijurídicos. Como bien señala Pedro Nikken:

“(…), el poder no puede lícitamente ejercerse de cualquier manera. Más concretamente, debe ejercerse a favor de los derechos de la persona y no contra ellos.

Esto supone que el ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos. Ese conjunto de reglas que definen el ámbito del poder y lo subordinan a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana es lo que configura el estado de derecho”⁷.

Siendo intrínseco a los DDHH esta vocación de limitación y guía en el ejercicio del poder, lo que nos interesa es atender dos situaciones particulares:

- i. ¿A qué se extienden las limitaciones que realiza el DIDH?
- ii. ¿Logra alcanzar y limitar las facultades discrecionales de la administración?

1.1 El alcance de las limitaciones que realiza el DIDH.

Una forma de comprender a qué se extiende el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (esto es, a quiénes y de qué modo controla), es preguntarnos a la inversa, a quiénes protege y de qué forma lo hace.

Sí sabemos cómo y a quiénes protege, recíprocamente sabremos a quiénes limita, y cuál es la extensión de este límite. Por ello, -nuevamente- es pertinente volver sobre la premisa básica que construye el cuadro normativo de los Derechos Humanos: *toda persona, por el solo hecho de ser tal, merece y debe ser respetada en su dignidad*.

Como Pedro Nikken nos ha enseñado, “La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien

⁷ NIKKEN, P. 1994. El concepto de Derechos Humanos. En: Cerda R., Nieto R. (coordinadores). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, p. 22.

tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización”⁸.

De esta comprensión que sitúa en el centro la dignidad intrínseca que tiene toda persona, se sigue –a lo menos- que los DDHH son: (i) inherentes a toda persona humana; como tal (ii) moldean el Estado de Derecho; (iii) tienen una vocación de universalidad; (iv) de transnacionalidad; (v) de irreversibilidad; (vi) son progresivos en cuanto a su desarrollo e implementación; (vii) exigen un deber de respeto; (viii) y engendran una necesidad de garantía que pesa sobre los Estados.

Estas implicancias, exigen indefectiblemente un compromiso integral (por oposición a un compromiso sectorial, de solo un poder, un órgano o una institución) por parte de las naciones modernas. Así, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado que si más de un órgano o departamento ha fallado en la debida tutela que se debe dar a la dignidad humana, entonces resulta necesario que todos aquellos órganos involucrados sean instruidos para modificar su actuación, aun cuando de modo indistinto sean parte del poder judicial, administrativo o legislativo:

“244. Por otra parte, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que implemente, en un plazo razonable, programas permanentes de derechos humanos dirigidos a policías, fiscales, jueces y militares, así como a funcionarios encargados de la atención a familiares y víctimas de desaparición forzada de personas, en los cuales se incluya el tema de los derechos humanos de niñas y niños desaparecidos durante el conflicto armado interno y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del control de convencionalidad”⁹. (Énfasis nuestro).

En suma, sin importar la raza, sexo, condición o estirpe, el DIDH exige que las naciones respeten la dignidad intrínseca que tiene cada persona. Y, para lograr lo anterior, necesariamente se ha de limitar toda manifestación del poder soberano de los Estados, sea en su actuación formal o material; sean en su manifestación legislativa, jurisdiccional o administrativa; sea en su actuación preventiva o retributiva.

Este principio jurídico ya ha sido enunciado y comprendido desde larga data en nuestra región. Sin ir más lejos, es el fundamento que ha otorgado la jurisprudencia y doctrina

⁸ *Ibíd.*, Tomo I, p. 15.

⁹ ROCHAC HERNÁNDEZ y OTROS con EL SALVADOR. 2014. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia dictada con fecha 14 de octubre de 2014, párrafo 244.

internacional a instituciones tan gravitantes, como por ejemplo, el control de convencionalidad¹⁰.

Particularmente evidente, ha sido la fórmula que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH- que en un histórico pronunciamiento, fue enfática en afirmar: “*todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*”¹¹.

Ahora, y aun cuando la intuición así lo pareciere indicar, debemos hacer una importante prevención. Los Derechos Humanos –salvo excepciones- no son bienes jurídicos absolutos e irrestrictos, que no es posible -bajo respecto alguno- afectarlos o lesionarlos. De este modo, así como se ha sido explícito en sostener que los DDHH limitan al Estado en la integralidad de sus actuaciones, también nuestra doctrina y jurisprudencia han sido explícitos en reconocer y desarrollar las denominadas *restricciones, suspensiones y limitaciones legítimas a los DDHH*.

En este sentido, explica el profesor Humberto Nogueira:

“Tanto el derecho constitucional como el derecho internacional de los derechos humanos consideran legítimas ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos asegurados en dos tipos de situaciones diferentes.

En situaciones de normalidad institucional, el ejercicio de los derechos puede ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio en virtud de razones de orden público.

¹⁰ En este sentido, ya el año 1988 la Corte Interamericana en caso caratulado Velásquez Rodríguez con Estado de Honduras, por medio de sentencia dictada con fecha 29 de julio de 1988, en su párrafo 158 sostuvo: “La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, *en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación*” (énfasis nuestro). En un mismo sentido, en que se recalca el compromiso integral de los Estados y su relación con el control de convencionalidad: Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 166; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 151 y 152; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 129; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 116. Lo anterior en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6. Desaparición Forzada. [En línea] Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>> [Consultado el 1 de enero de 2017].

De igual modo, en un estudio reciente del Control de Convencionalidad ver NÚÑEZ, C. Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile. Santiago, Chile: Librotecnia, 2016.

¹¹ ALMONACID ARELLANO con ESTADO DE CHILE. 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia dictada con fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo N° 123.

En situaciones de anormalidad institucional, el orden constitucional e internacional de los derechos humanos posibilita el establecimiento de estados de excepciones constitucionales, bajo los cuales los gobiernos están autorizados para restringir o suspender temporalmente, por el lapso más breve posible que permita superar la situación de anormalidad, el ejercicio de determinados derechos humanos, (...)”¹².

Lo anterior es recogido en términos normativos. Así, a propósito de “*Restricción de Derechos*”, se dispone por medio del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es posible concebir hipótesis en que son limitados los derechos que trata aquel instrumento internacional:

“*Artículo 30. Alcance de las Restricciones.*

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Lo propio ocurre con la “*Suspensión de Derechos*”, reconocida también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27:

“*Artículo 27. Suspensión de Garantías.*

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos

¹² NOGUEIRA, H. 2003. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, Estudio de Investigaciones Jurídicas, Ciudad Universitaria, México. pp. 409. Pág. 141.

Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

En similar sentido, regulando también la “*Suspensión de Derechos*”, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 4 dispone:

“*Artículo 4.*

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación”.

En suma, y como precisa el profesor Claudio Nash:

“Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados

internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las **restricciones** y la **suspensión** del ejercicio de derechos”¹³.

De lo anterior, en particular lo que nos interesa enfatizar que, aun ante situaciones tan complejas y de suyo extraordinarias como lo son por ejemplo el *peligro de vida de la nación*, *caso de guerra*, de *peligro público*, es el Estado mismo en sus diversas manifestaciones, el que pasa a ser limitado por el respeto de los Derechos Humanos, debiendo dar cumplimiento a requisitos específicos, y siempre orientado por la razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación de las medidas que pretenda adoptar.

Luego, los casos en que un Estado puede lícitamente afectar derechos intrínsecos de las personas, no se definen por el titular del órgano (poco importa si estamos ante el Presidente, o ante un funcionario administrativo cualquiera), la facultad ejercida (discrecional, reglada), o el poder en cuyo nombre se actúa (administrativo, judicial o legislativo).

Así, las situaciones en que un Estado puede justificar una lesión a los compromisos internacionales relativos a los DDHH, se dejan describir, definir y determinar únicamente por la doctrina de la suspensión, restricción o limitación legítima de derechos¹⁴.

Teniendo esta premisa asentada, entonces nos queda por analizar en particular cómo la existencia de esferas de libertad de la administración –particularmente las potestades

¹³ NASH, C. 2015. La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Apuntes de Clases. Texto base curso optativo “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, primer semestre 2015, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, pág. 41.

¹⁴ A mayor abundamiento, en cuanto a las condiciones para Restringir Derechos, el Profesor Nash (en NASH, C. 2015. La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Apuntes de Clases. Texto base curso optativo “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, primer semestre 2015, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, pág. 41-44), ha explicado que: “Nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos. Aquellos derechos que **no admiten restricción** (tortura, esclavitud, libertad de conciencia), aquellos derechos que **admiten restricciones particulares** (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros que admitan **restricciones generales**. Me centraré en estos últimos.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. **La facultad de restringir**, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está **limitada por el Derecho Internacional**, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Los requisitos de una restricción legítima son: **(a)** respeto del principio de legalidad; **(b)** objetivo legítimo; **(c)** respeto del principio de proporcionalidad”.

Lo propio ocurre en cuanto al régimen de Suspensión de Derechos, en que señala el mismo autor (Ibíd., p. 45-46) –entre otras- las siguientes consideraciones: “El marco que establecen tanto el artículo 4 del Pacto como el artículo 27 de la Convención incluye:

- “Las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado;
- Los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten;
- La exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias;
- La prohibición de suspender obligaciones cuando esta es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos;
- Cumplimiento de aspectos formales”.

discrecionales- se relacionan, armonizan y compatibilizan con las exigencias y limitaciones que impone el DIDH.

1.2 Las potestades discrecionales de la administración y el DIDH.

La esencia de la actividad administrativa es que ejerce *potestades*, esto es, poderes jurídicos reconocidos constitucional, legal o reglamentariamente, que permiten imponer conductas a los particulares¹⁵. Así por ejemplo, la Administración unilateralmente puede prohibir la circulación de determinados vehículos motorizados en una zona geográfica específica.

Una modalidad de ejercicio de estos poderes jurídicamente reconocidos, son las denominadas *potestades discrecionales de la administración*¹⁶, que en general suelen conceptualizarse desde dos tendencias distintas.

“La primera de esas tendencias doctrinales entiende la discrecionalidad como una actividad administrativa consistente en la determinación o precisión de los conceptos vagos o expresiones genéricas inmersas en la norma jurídica que se pretende aplicar para el cumplimiento de un determinado asunto de su competencia. (...) Para decirlo sencillamente, en este caso es el ordenamiento jurídico el que entrega al órgano administrativo un margen de decisión, de libre apreciación o independiente, que le permite completar un vacío normativo”¹⁷.

¹⁵ En este sentido, ver: FERRADA, J. 2007. Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2007, vol.20, n.2 [citado 2 de enero de 2017], pp.69-94. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200004&lng=es&nrm=iso>.

¹⁶ Explica la doctrina que, la Administración ejerciendo los poderes que se le han conferido, puede actuar de dos modos: en ejercicio de potestades regladas, o puede actuar en ejercicio de potestades discrecionales: “En primer lugar debemos mencionar que las potestades administrativas son otorgadas para conseguir una finalidad pública, en este contexto, la facultad reglada de la administración es aquella que determina de manera agotadora y clara el camino que debe tomar el administrador frente a determinada situación de hecho, es decir que se trata de un caso de remisión al texto legal. En cambio en la potestad discrecional no existe una directriz a seguir, constituye un margen de decisión que se deja en manos de la administración”. JÁCOME, M. 2015. El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, área de Derecho en su Programa de Maestría en Derecho Mención en Derecho Administrativo. [En línea] Disponible en: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4262/1/T1530-MDE-Jacome-El%20control.pdf>> [Consulta realizada 2 de enero de 2017].

A mayor abundamiento: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T-R. 1.992. Curso de derecho administrativo. 5ª edición, Madrid, Civitas, pp. 451-474.

¹⁷ PONCE DE LEÓN, S. 2014. Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado. En: SOTO, E. (Coordinador). Administración y Derecho, homenaje a los 125 años de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile, Legal Publishing Thomson Reuters, p. 199.

La segunda tendencia, “estima, a diferencia de la anterior, que la discrecionalidad surge de la facultad intrínseca del órgano administrativo legalmente competente para apreciar lo que es más oportuno dentro de un marco de circunstancias determinado”¹⁸.

Como fuere, y cual sea el punto de partida que tomemos, el núcleo de la institución radica en que el ordenamiento jurídico reconoce a los órganos del Estado, una posibilidad lícita para que, de modo libre y en base a su propia apreciación de las circunstancias, opten por una entre varias alternativas posibles.

Si miramos el área donde se presenta esta libertad, la doctrina administrativa¹⁹ habla de discrecionalidad: (i) *reglamentaria*, como la posibilidad de que el órgano dicte una normativa general y obligatoria en base a sus apreciaciones; (ii) *de planificación*, como un espacio para que la administración determine metas y procedimientos; (iii) *de iniciativa*, alternativa reconocida para crear servicios, promover actividades, prestaciones u otras medidas de asistencia; (iv) *discrecionalidad política stricto sensu* como el espacio para valorar aspectos y decisiones gubernativas; (v) *discrecionalidad técnica*, relativa a la apreciación en base a los conocimientos de una ciencia o arte; (vi) *discrecionalidad táctica*, para escenarios en que sean necesarias decisiones rápidas; y (vii) *discrecionalidad de gestión*, para decisiones cotidianas del ejercicio de funciones administrativas, ante la vaguedad de la reglamentación.

Es fácil advertir que, el espectro en que se reconoce la existencia de un margen de libertad en la actuación de la administración es bastante amplio, a tal punto que resulta difícil encontrar un órgano que no tenga -a lo menos un escenario- en que no cuente con la posibilidad jurídicamente reconocida, de actuar con discrecionalidad.

Y, aunque se ha cuestionado y sostenido que tales facultades, dejan a los administrados a merced de la arbitrariedad de los órganos del Estado, la fuerza de la realidad constantemente nos llevan a reconocer la necesidad de la técnica. Explica Jorge Bermudez, “no es dable pensar que el legislador sea capaz de regular todas y cada una de las competencias entregadas a la Administración, que cada una de sus potestades esté desarrollada hasta la mínima expresión. Ello sería materialmente imposible y políticamente incorrecto”²⁰.

¹⁸ *Ibíd.* p. 199.

¹⁹ En este sentido, ver SÁNCHEZ, M. 1.994. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, Tecnos, p. 121 a 131.

²⁰ BERMUDEZ SOTO, J. 1996. El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII (17) Valparaíso, Chile: 275-284. Pág. 276.

Jurídicamente, serían muchos los escenarios en que la administración no podría actuar sin este espacio de discrecionalidad. Y, “convengamos en que, tan nocivo es para los ciudadanos el autoritarismo administrativo, el abuso de poder o la falta de garantías individuales, como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración”²¹.

Así, el enfoque de tales anomalías normativas, no ha sido sobre lo “imprescindible [de] reducir al mínimo, sino que las entendemos como los instrumentos necesarios para que la Administración pueda desempeñar la función de servicio a la comunidad o al interés general que tiene encomendado por el ordenamiento jurídico”²².

Por lo mismo, esta institución ha tenido un radical cambio en su explicación, que se describe por una moderna comprensión del *Principio de juricidad*²³. Desde comprender que las potestades discrecionales constituían una esfera de poder que se ejercía al margen del derecho (y por tal incontrolables e incuestionables); se pasa a comprenderlas como un ejercicio de poder que siempre se ha de ejercer bajo el imperio y de conformidad con el Derecho (y por tanto no son ni un poder ilimitado, ni un poder incontrovertible).

“Por tanto, si bien es cierto que el poder discrecional de las autoridades administrativas es una condición indispensable de toda buena y eficiente administración, también es cierto que su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes”²⁴.

Como señala Brewer-Carías, “el derecho administrativo ha experimentado en las últimas décadas, en casi todos los países, un proceso progresivo de reducción de las llamadas ‘inmunidades de poder’, donde tradicionalmente se había enmarcado el poder discrecional”²⁵.

²¹ PONCE DE LEÓN, S. 2014. op. cit., p. 197.

²² PONCE DE LEÓN, S. 2014. op. cit., p. 196.

²³ Para lo anterior, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T-R. 1.992. Curso de derecho administrativo. 5ª edición, Madrid, Civitas, pp. 434 y ss., en que desarrolla (punto 1, del epígrafe II del capítulo VIII) *Las construcciones tradicionales del principio de legalidad de la Administración: aplicación singular de la Ley y doctrina de la vinculación negativa*, para acto seguido desarrollar (punto 1, del epígrafe II del capítulo VIII) *La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad*.

Para el caso chileno, en particular ver: CALDERA, H. 1.989. Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa. [En línea] Disponible en: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649660.pdf> > [Consultado 2 de enero de 2017].

²⁴ BREWER-CARIAS, A. 2007. Notas sobre la discrecionalidad administrativa, y sobre su delimitación y sus límites. [En línea] < <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1.%201.%20953.%20Sobre%20la%20discrecionalidad%20administrativa.%20México.pdf> > [consulta: 21 de agosto de 2016] Pág. 4.

²⁵ *Ibíd.*, p. 4.

Así, de una imposibilidad jurídica de control, se pasa a²⁶: (i) disminuir y precisar su campo de aplicación, diferenciándola de los *conceptos jurídicos indeterminados*; para luego, (ii) dar pie a la teoría de las *técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad*.

En este último campo, es donde se ha experimentado –y como se verá se sigue experimentando- la mayor de las evoluciones. De no existir recurso administrativo alguno para hacer frente al ejercicio abusivo de la discrecionalidad administrativa, aparecen desde temprano en el siglo XX, distintos mecanismos de control, a saber: (i) *control de la finalidad de acto*, (ii) la *desviación o exceso de poder*, (iii) el *control de los hechos determinantes*, y (iv) el *control por los principios generales del derecho*²⁷.

Cada uno de estos mecanismos de control de la actividad de la administración, descansan en un punto común: *la actuación del Estado, ha de ser de conformidad con el marco normativo vigente, y no al margen o fuera del imperio del derecho*.

Actualmente, es en este punto en que volvemos sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como asentamos en el epígrafe anterior, con la suscripción de los compromisos internacionales, los Estados implementaron nuevos estándares normativos, que en particular importan una guía y mecanismo de control del correcto ejercicio de las potestades estatales en general, y de las potestades discrecionales de la administración en particular.

Con esto, emerge el DIDH como un nuevo y genuino mecanismo de limitación, control y guía de la discrecionalidad administrativa. Dicho en otros términos, no se puede pretender vulnerar los compromisos internacionales relativos a los DDHH, ni aun justificando la actuación en un espacio de libertad jurídicamente reconocido.

En este sentido, resulta de particular importancia lo que ya ha sostenido la Corte IDH a propósito de la invocación de potestades discrecionales:

“126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede

²⁶ En este punto, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T-R. 1.992. op. cit., pp. 451-474.

²⁷ Ver: BERMUDEZ SOTO, J. 1996. op. cit., pp. 275 - 284.

la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”²⁸ (subrayado nuestro).

En igual sentido, y a propósito del denominado “Control de Convencionalidad” se ha sostenido que, las potestades discrecionales no están al margen de la influencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“El parámetro de convencionalidad va a ser particularmente útil cuando se trata de la fiscalización de las potestades discrecionales. Esta afirmación parte de considerar que los derechos humanos constituyen uno de los límites infranqueables de las potestades, competencias y actos discrecionales de los poderes públicos. (...).

La Jurisdicción contencioso-administrativa, al enjuiciar las conductas administrativas, debe ejercer un control de los límites de la discrecionalidad como si se tratara de un control de legitimidad en sentido amplio, ya que, los derechos humanos, que destacan como parte integral de tales límites, forman parte del parámetro de legitimidad y de juridicidad de las administraciones públicas, conformado no solo por la ley, la Constitución, sino, también, por los instrumentos del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y los pronunciamientos jurisdiccionales o consultivos que los desarrollan. El control de tales límites de las potestades y competencias discrecionales, amplía notablemente las posibilidades de defensa y protección de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados”²⁹.

Ahora y más allá de esta conexión teórica, es necesario preguntarnos si en el actual sistema normativo chileno, resulta o no exigible este control y límite de las potestades discrecionales por los estándares internacionales de los Derechos Humanos. Con esto, en último término estaremos explorando si en nuestro ordenamiento jurídico, son normativamente vinculantes o no las consideraciones del DIDH.

En este punto del recorrido, y teniendo asentado que las potestades discrecionales no escapan a la premisa básica de los DDHH, hemos llegado a la segunda pregunta de nuestro camino de 6 interrogantes: ¿cuál sería la justificación y fundamento normativo del DIDH como control y límite de las potestades discrecionales?

²⁸ BAENA RICARDO Y OTROS con ESTADO DE PANAMA. 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia dictada con fecha 2 de febrero de 2001, párrafo N° 126.

²⁹ JINESTA, E. Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa. En Revista Peruana de Derecho Público, Año 16, No. 31, julio-diciembre, 2015, pp. 47-90. Pág. 81. [En línea] <<http://www.ernestojinesta.com>> [consulta 11 de septiembre de 2016].

CAPÍTULO 2.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DIDH COMO ESTÁNDAR DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La aplicación de los estándares del DIDH no es una cuestión que dependa de la voluntad de cada quien, sino que su examen es jurídicamente obligatorio para los Estados suscriptores de los tratados internacionales que versan sobre la materia.

De este modo, el que debemos contrastar las exigencias que imponen los DDHH con el ejercicio de las potestades discrecionales, según veremos a continuación, (2.1) no solo se explica en tanto estamos ante una genuina obligación de carácter jurídico, (2.2) sino que también, la actuación de la administración exige considerar la máxima realización de los derechos de la persona.

2.1 Necesidad jurídica (imperatividad) de la realización del control.

La vinculación normativa del DIDH con las potestades discrecionales, es posible construirla en un análisis decantado que recorre desde (2.1.1) los pactos globales que ha suscrito Chile, pasando por (2.1.2) los tratados regionales en los que se es parte, (2.1.3) hasta finalmente llegar al propio cuadro regulatorio nacional. De este trayecto normativo –como veremos- la discrecionalidad administrativa, resulta ser plenamente alcanzada por las exigencias del DIDH.

2.1.1 Obligaciones suscritas por Pactos Globales.

La revisión de los tratados internacionales que han sido suscritos por Chile en materia de DDHH nos permiten advertir que, pese a que no es regulada en particular la relación que existe entre las potestades discrecionales de la administración y los estándares del DIDH, ninguno de estos pactos habilita o permite que, en ejercicio de la discrecionalidad administrativa, se puedan vulnerar las obligaciones suscritas por los Estados miembro.

Así a título ejemplificativo podemos citar la “*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*”, que como objetivo inmediato pretende que sus suscriptores adopten “*todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y a prevenir y combatir las*

*doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas y edificar una comunidad internacional libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales*³⁰.

Normativamente –en lo que nos respecta- debemos tener en vista el artículo 2 de este pacto:

“Artículo 2.

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación.

b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones”.

Como podemos ver, la obligación asumida *por todas las autoridades públicas e instituciones públicas* es bastante clara, no admitiendo excepción alguna. Así resultan ser limitadas directamente las posibilidades que la administración, aún en uso de las potestades discrecionales, pretendiere realizar actos racialmente discriminatorios.

El mismo principio podemos ver en la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, pactada el 18 de diciembre de 1979, y que viene en establecer que los Estados suscriptores se comprometen a:

“Artículo 2. d). Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”.

Tal como lo pudimos observar en las disposiciones anteriores, aquí nuevamente podemos notar que, no por el hecho de que la administración cuente con potestades discrecionales, puede cometer actos de discriminación –en este caso- contra la mujer. La obligación asumida internacionalmente, no reconoce tal excepción. No existe disposición que en tal sentido habilite o libere a la administración para discriminar a mujeres.

³⁰ NACIONES UNIDAS.1965. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. [En línea] Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>> [Consulta realizada 1 de noviembre de 2016].

Un último ejemplo que evidencia la misma lógica, lo encontramos en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, que en términos explícitos y directos señala:

“*Artículo 2. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura*”.

Este pacto resulta particularmente estricto a la hora de proscribir como práctica los actos que importen tortura. A tal punto que en su artículo 4 señala una serie de ilícitos en los que se incurriría de ejecutar tales actos, lo que se complementa con la exigencia por la que los Estados deben irrestrictamente investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables, de conformidad con los artículos 13 y 14 del mismo instrumento.

Nuevamente, no por el hecho que un funcionario cuente con la posibilidad de actuar discrecionalmente, se ha de entender habilitado como para torturar a sus administrados. Tales actos no dejarían de constituir ilícitos sancionables, en los que no se puede exculpar aludiendo el ejercicio de una facultad incluso constitucional, legal o reglamentariamente reconocida. La prohibición de tortura no admite excepción, por mucho que se alegue la discrecionalidad administrativa.

Pero, junto con el hecho que los tratados internacionales no reconocen en las potestades discrecionales un margen para actuar fuera del cumplimiento de los DDHH, debemos destacar un segundo fenómeno, del todo relevante.

Por sobre todas las cosas, estamos ante una genuina obligación de carácter jurídico (por oposición a una obligación moral, política o de otra índole), de carácter internacional, que ante el evento de su incumplimiento, gatilla una serie de consecuencias, que en particular dependerán de los términos del Tratado, pero que en general comprometen la responsabilidad del Estado vulnerador.

En nuestro medio, lo anterior no es objeto de mayor discusión. Así por ejemplo, explica el profesor civilista Hernán Corral:

“*6. Una faceta nueva de responsabilidad estatal: Responsabilidad Internacional por violación de Derechos Humanos.*

Tradicionalmente la responsabilidad internacional era la que comprometía a un Estado por actos contrarios al derecho internacional que causaban daño o

directamente a otro Estado o a extranjeros que eran representados por el Estado del cual eran nacionales.

Con el desarrollo del derecho internacional humanitario se ha dado mayor protagonismo internacional a la persona y a sus derechos fundamentales. De esta manera, se permite, a través de tratados y compromisos internacionales, que tribunales de jurisdicción internacional puedan resolver el conflicto entre un Estado y sus propios nacionales cuando éstos denuncian que el Estado con su conducta ha transgredido los derechos humanos”³¹.

Se ha afirmado que esta responsabilidad internacional por vulneración a los derechos humanos, aun cuando descansa en particularidades propias de su rama, nace del mismo fundamento que toda responsabilidad: *resulta injusto o antijurídico que la víctima cargue con el daño que le ha ocasionado quien actuó de modo contrario a cómo lo exige el ordenamiento jurídico*:

“El derecho internacional público clásico ha asentado la idea de que la responsabilidad internacional se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la normatividad internacional a la que se encuentra obligado [...]. El Derecho Internacional Público ha recogido el principio antes enunciado y la propia Corte de la Haya ha señalado: ‘Es un principio de derecho internacional, que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada’. Agrega el Profesor Nash, que el derecho internacional público definió la responsabilidad internacional en el Documento A/56/1029 en los siguientes términos: ‘Es una institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe reparación al Estado en contra el cual fue cometido ese acto’”³².

La forma de hacer valer esta responsabilidad dependerá de los términos mismos del pacto, pero en el Sistema de Naciones Unidas, descansa dentro del esquema general la Comisión de Derecho Internacional, que “*creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución A/RES/174 II), tiene como misión favorecer el desarrollo*

³¹ CORRAL, H. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Segunda edición, Santiago, Chile, Thomson Reuters, p. 327.

³² UGARTE, K. 2015. La responsabilidad internacional del estado peruano por violación de obligaciones de protección de derechos humanos: Un estudio sobre las sentencias dictadas contra el Estado del Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su cumplimiento por el Estado Parte. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España, pág. 28. [En línea] Disponible en: < http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22368/krupskaya_ugarte_tesis.pdf?sequence=1> [Consultado el 2 de enero de 2017].

*progresivo y la codificación del derecho internacional*³³, y desde tal posición, se ha preocupado en particular de los actos unilaterales de los Estados de los Estados y de la responsabilidad de organizaciones internacionales.

A lo anterior hemos de agregar que es usual que cada uno de estos pactos cree un Comité encargado de velar por el cumplimiento de las medidas y compromisos, exigiendo de los Estados informes temáticos, u observaciones de sus actuaciones. Pero junto con ello, en determinados pactos³⁴ también existe la posibilidad que sea conocido un caso individual, que haga efectiva esta la *Responsabilidad Internacional del Estado*, por incumplimiento de deberes transnacionales jurídicamente asumidos, permitiéndose de este modo un mecanismo directo para solicitar el resguardo de la dignidad que representa el cumplimiento de los DDHH.

Como sistematiza el profesor Claudio Nash, en el sistema internacional de las Naciones Unidas, es posible observar la participación de distintos agentes. En particular, un mecanismo desarrollado ha sido la creación de los Comités, entes encargados precisamente de resguardar el cumplimiento de los compromisos internacionales:

“En el trabajo de los comités destacan tres procedimientos: informes, observaciones y casos individuales. El examen de los informes de los Estados funciona sobre la base de la actividad de que los Estados deben presentar al Comité informes (...). Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el Comité elabora Observaciones Generales como guía para su preparación, las que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en el Pacto. Las observaciones constituyen, de algún modo, jurisprudencia del Comité respectivo.

También el sistema contempla, en algunos casos, el examen de comunicaciones individuales a través de los órganos cuasi-judiciales, éstas tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta”³⁵.

³³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. [En línea] Disponible en: <<http://www.un.org/es/aboutun/structure/ilc.shtml>> [Consulta 2 de enero de 2017].

³⁴ Así, algunos de estos comités son: (i) el Comité contra la Tortura, (ii) Comité para la eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, (iii) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

³⁵ NASH, C. 2005. La codificación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio? EN: Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, LexisNexis, Tomo ii, pp. 1151-1192, pág. 1183-1184.

Con lo anterior vemos que, existen dispositivos del sistema de las Naciones Unidas que, en alguna medida, nos permitirán reclamar en contra de todos aquellos Estados que pretendiéndose justificar en la herramienta de las potestades administrativas discrecionales pretendan agredir las normas del DIDH.

Finalmente, en esta parte en que analizamos los compromisos globales que ha suscrito Chile, existe un punto que no podemos pasar por alto, ni menos aún dejar de mencionar: La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales*.

Aun cuando no se refiere específicamente a DDHH, este pacto regula en términos generales la vigencia, observancia, forma de cumplimiento, interpretación y aplicación de todo pacto internacional que sea suscrito por los Estados. Su regulación, no solo debemos considerarla en esta parte, sino que también a propósito de los pactos regionales suscritos por nuestro país.

En particular nos es de interés destacar los siguientes preceptos:

Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Ha sido la lectura conjunta de ambas disposiciones la que ha llevado en términos uniformes a la doctrina internacional a concluir que, los pactos y obligaciones contraídos por los países, engendran genuinas reglas jurídicas que se han de reconocer internamente, respetar y ejecutar de buena fe por sus suscriptores.

Solo en cuanto comprendemos su naturaleza jurídica, es que podemos afirmar que (i) los Estados han de cumplirlas de buena fe (como la suscripción de cualquier obligación o deber jurídico), y (ii) no podrán excepcionarse de su cumplimiento, con la simple invocación de actos voluntarios propios, como lo es la dictación de una norma interna.

2.1.2. Obligaciones asumidas con la suscripción de pactos regionales.

A nivel regional y entre otros, Chile ratificó el 10 de agosto del año 1.990 la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante Convención Americana-, reconociendo la necesidad de “una protección internacional [a los Derechos Humanos], de naturaleza

convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”³⁶.

Por este pacto regional, sin perjuicio del reconocimiento y protección de derechos específicos, los suscriptores se comprometen a:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De esta forma, normativamente Chile se ha obligado a respetar y garantizar –a lo menos- los DDHH reconocidos en el citado pacto. Como se ha asentado en una reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, a partir de estas disposiciones se “especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: (i) la *obligación de respetar* y (ii) la *obligación de garantizar* los derechos”³⁷.

“Por una parte, la obligación de respeto, consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Gros Espiell define el ‘respeto’ como ‘la obligación del Estado y de todos sus

³⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. [En línea] Disponible en: < https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [Consulta: 1 de noviembre de 2016].

³⁷ FERRER, E. y PELAYO, c. 2013. Artículo 1. Obligación de respetar los Derechos. En: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 42-68. Pág.47.

agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”³⁸.

Adicionalmente, “La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.(...). La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”³⁹.

En consecuencia, cuando se lesiona ilegítimamente uno de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al mismo tiempo, se incurre en un segundo ilícito que se explica por el incumplimiento de una o ambas de estas cargas jurídicas (obligación de respeto y/o de garantía), generando con esto un doble título para hacer efectiva la Responsabilidad Internacional del Estado.

“La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constante en afirmar que la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la ocurrencia de un hecho ilícito internacional que le sea atribuible, en violación de sus obligaciones adquiridas en virtud de un tratado de derechos humanos”⁴⁰. Resulta ser que, “las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma”⁴¹.

En buenas cuentas, cuando no se cumple con el deber de respeto o garantía, surge la Responsabilidad Internacional por vulneración al citado tratado regional, como una exigencia jurídica de que sea el Estado quien asuma las consecuencias negativas de todas las actuaciones u omisiones de los funcionarios que actúan en su nombre, que de modo antijurídico y violatorio de los compromisos relativos a la dignidad de las personas, ocasionan un agravio a un tercero que no está jurídicamente obligado a soportarlo.

³⁸ *Ibíd.*, p.47.

³⁹ *Ibíd.*, p.49.

⁴⁰ MEDINA, F. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. [En línea] < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>> [Consulta: 21 de Septiembre de 2016].

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia definitiva dictada con fecha 15 septiembre de 2005, párr. 107. [En línea] Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=252> [Consulta realizada con fecha 1 de noviembre de 2016].

Lo anterior descansa expresamente en lo prescrito por el artículo 63.1 de la Convención Americana:

“Artículo 63.

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

En suma, “todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales aplicables que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública de un Estado, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable a este, que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención Americana y según el Derecho Internacional Público.”⁴².

Decantando lo anterior en nuestro tema de análisis, las potestades discrecionales de la administración, en particular, no son reconocidas como una de las posibilidades especiales que tienen las Naciones Americanas para no cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros pactos relativos a la dignidad de las personas.

Así, no por el hecho que la administración cuente con potestades discrecionales, se encuentra exonerada del peso de las obligaciones de respeto y garantía que le son exigibles. Tal como ya fue mencionado en el epígrafe anterior, la afectación de los DDHH solo se deja describir por los casos y la doctrina de afectaciones y suspensiones legítimas.

Lo que sigue es bastante lógico. Es perfectamente posible perseguir la Responsabilidad Internacional de Chile, aun cuando la administración alegue su discrecionalidad constitucional, legal y/o reglamentariamente reconocida.

Ante estos eventos, cobra particular importancia todo el dispositivo procesal internacional que se ha construido por la comunidad regional, para evitar que los Estados agredan la dignidad de las personas sin experimentar consecuencia jurídica alguna.

⁴² MEDINA, F. loc. cit.

Aparece en el plano latinoamericano, la participación de dos órganos determinantes: (i) la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* –en adelante Comisión IDH- junto con (ii) la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* –Corte IDH-.

En efecto, la segunda parte de la Convención Americana, *Medios de la Protección*, Capítulo Sexto, titulado “De los Órganos Competentes”, prescribe:

“Artículo 33.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

En cuanto a la Comisión IDH en particular se estatuye que:

Artículo 41.

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (Énfasis nuestro).

Es más, se precisa quién y cómo es el mecanismo de denuncias que se puedan realizar ante la Comisión:

Artículo 44.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

En cuanto a la Corte IDH, ésta se define “como una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la Convención, su estatuto y reglamento”⁴³.

Su potestad y “ámbito de acción es interamericano y solo respecto de los Estados que han aceptado su competencia contenciosa. Como su mandato lo establece, este tribunal verifica que los Estados no violen derechos humanos contenidos en los distintos artículos de la Convención Americana y que, normalmente, coinciden en sus contenidos con derechos constitucionales. También puede declarar violaciones de derechos humanos contemplados en otros tratados interamericanos que le otorgan esa competencia (Convención contra la Tortura, Protocolo de San Salvador, por ejemplo)”⁴⁴.

Se ha enfatizado en que como intérprete oficial de la Convención Americana, su función es de naturaleza jurisdiccional, y su misión como tercero imparcial es determinar si un Estado honró o no sus compromisos relativos a los DDHH, y ante la negativa, condenar a la reparación y restablecimiento de los derechos conculcados.

En este sentido, son particularmente claros los artículos 62 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto establecen y determinan su competencia:

“Artículo 62

⁴³ VENTURA, M. 1.996. Función Contenciosa de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", entró en vigor el 18 de julio de 1978. Revista de Derecho, Valdivia, vol.7, p.103-112. [En línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501996000100007&script=sci_arttext [Consulta: 25 de septiembre de 2.016]

⁴⁴ RODRÍGUEZ, V. 2.009. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Guía modelo para su lectura y análisis. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, pág. 13.

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63.

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Al suscribir la Convención Americana, se señaló expresamente que:

“a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos

establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62⁴⁵.

En vistas de lo anterior, es absolutamente lícito pensar que el ejercicio de las potestades discrecionales se debe encuadrar con los DDHH, ya que de lo contrario, de verificarse todos los supuestos materiales y procesales necesarios, es perfectamente posible recurrir ante la Comisión IDH y eventualmente ante la Corte IDH, a efecto que ambos órganos en su debida oportunidad y competencia, hagan efectiva la Responsabilidad Internacional del Estado, ordenando la reparación de los sujetos lesionados.

Con esto vemos que, regionalmente también el ejercicio de las potestades discrecionales normativamente se ha de encuadrar con los estándares y exigencias de los pactos suscritos, relativos a los DDHH.

2.1.3. Cumplimiento de los DDHH y las normas nacionales.

Hasta ahora, hemos visto que por el sólo mérito de los pactos suscritos (sean estos globales o regionales) el Estado en sus diversas manifestaciones se ha comprometido jurídicamente a respetar los DDHH, y ante el evento de su negativa, se desencadenan una serie de consecuencias, entre otras: (i) mecanismos para lograr el efectivo cumplimiento de los tratados; (ii) mecanismos para evitar que se mantenga la situación de afectación; (iii) mecanismos para obtener la debida reparación de los afectados.

Con todo, las normas nacionales realizan una importante integración de los tratados suscritos. Como veremos en este epígrafe, esta integración nos lleva a un nuevo fenómeno, ya no solo de las consecuencias internacionales que se siguen de su incumplimiento, sino que también de las consecuencias nacionales de su cumplimiento, como respeto del principio de juricidad, sobre el cual se ha construido el Estado de Derecho.

Así, debemos considerar como punto de partida que el ordenamiento jurídico nacional reconoce la existencia y validez normativa de los tratados internacionales. En este sentido, y

⁴⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Estado de Firmas y Ratificaciones. [En línea] < http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Chile:> [Consulta: 25 de septiembre de 2016].

como comúnmente lo destaca nuestra doctrina, es particularmente claro el artículo 5 de nuestra Constitución Política, que expresamente prescribe:

“Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (énfasis nuestro).

Confirma el reconocimiento de la existencia normativa de los pactos internacionales el artículo 54 de la misma carta fundamental, en cuanto reserva como una atribución exclusiva del Congreso Nacional, la aprobación de tratados internacionales:

Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

(...).

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

(...).

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo. (...).”

Dado que es reconocida por nuestro ordenamiento jurídico la existencia jurídica de los tratados internacionales, es que se establece que el Tribunal Constitucional pueda controlar su constitucionalidad. En este sentido se prescribe por la Carta Política:

Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...).

3º.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

Consecuencialmente y como segundo fenómeno debemos observar que, del reconocimiento normativo que se realiza a los tratados internacionales, necesariamente pasa a exigirse su cumplimiento directo, al ser parte integrante del complejo normativo nacional. En este sentido, es absolutamente relevante lo prescrito por el artículo 6 de nuestra Constitución:

“Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. (...).” (Subrayado nuestro).

Por lo demás, ésta lectura ha sido sostenida por nuestro Tribunal Constitucional. En particular ha afirmado que:

“17°. Que, respecto a la consagración del principio de non bis in ídem, sin perjuicio de que no tenga un reconocimiento constitucional explícito, debe deducirse –en su faz procesal- del debido proceso, consagrado en el artículo 19, N° 3°, como también “ha de entenderse que forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” (STC Rol N° 1968, considerando 41°), especialmente en relación al artículo 14, N° 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 8, N° 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos.”⁴⁶ (Énfasis nuestro).

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en autos N° de ingreso 2896-2015, sentencia dictada con fecha 25 de agosto de 2015. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3320>> [Consulta: 25 de septiembre de 2016].

Finalmente, una tercera consecuencia que se sigue de este fenómeno, dice relación con que la vulneración a una de las prerrogativas del DIDH, deja abierta la posibilidad para perseguir nacionalmente la responsabilidad del Estado.

En este sentido, el ya citado artículo 6 de nuestra Constitución Política en su inciso final prescribe:

Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

(...)

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. (Énfasis nuestro).

Del mismo modo, el artículo 38 inciso segundo de la Carta Fundamental al consagrar constitucionalmente la posibilidad de recurrir a Tribunales de la República para exigir –en general- la responsabilidad del Estado Administrador, señala que:

Artículo 38.- (...).

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño. (Énfasis nuestro).

Una consideración global de estas normas constitucionales, nos lleva a sostener que los tratados internacionales relativos a los derechos humanos (i) son reconocidos en su existencia y validez normativa; (ii) como consecuencia de lo anterior, y en particular consideración del artículo 5 de nuestra Constitución, limitan el ejercicio del poder soberano del que están revestidos los órganos del Estado, (iii) al ser reglas jurídicas, es completamente exigible su debido respeto y cumplimiento, como una extensión misma del principio de juricidad, (iv) ya que ante la negativa, nace la posibilidad que nacionalmente se persigan las responsabilidades y consecuencias jurídicas que lleven a garantizar su respeto e indemnidad.

2.2 La dignidad humana, como justificación del control a las potestades discrecionales.

Hasta este momento destacamos una importante base normativa que nos ha llevado a sostener que las potestades discrecionales con las que cuenta la administración, se encuentran limitadas por las consideraciones del DIDH, ya que de lo contrario se estarían vulnerando ilegítimamente compromisos internacionales, se estarían afectando reglas jurídicas, activando con ello una serie de mecanismos de protección.

Esta explicación, se encuentra en plena sintonía con el fundamento mismo con el que se ha construido el DIDH. Dado que es posible que en abuso del poder se agrede la dignidad humana, es necesaria toda una estructura normativa que, en primer lugar reconozca como derechos sustantivos una serie de atributos básicos con los que cuenta cada persona; y que en segundo lugar, otorgue mecanismos procesales para evitar que estos derechos sustantivos sean transgredidos.

Sin embargo, más allá de la notable evolución que significa esta construcción, y lo relevante que ha resultado para la protección y garantía efectiva de los DDHH, existe otro importante fundamento que parte de un punto diverso.

El reconocimiento del valor intrínseco que tiene cada proyecto de vida y la importancia de la dignidad humana, exigen que como punto cardinal de la actuación de toda potestad pública que actúa en nombre del Estado, sea encaminada a su reconocimiento, protección y promoción.

De este modo, este nuevo punto de partida si bien nos llevará a la misma conclusión desarrollada en los puntos anteriores, nos permite observar que la dimensión de los Derechos Humanos no solo se deja describir como un escudo en contra de los abusos del poder, sino que también significan el reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada persona, cuya vocación, búsqueda y realización constante debe ser la principal preocupación de los órganos del Estado.

El propio artículo 1 de nuestra Constitución es extraordinariamente claro en esta materia:

“Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.
(...).

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a

todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

(...)"

Estamos en frente de la consagración expresa del *Principio de Servicialidad del Estado*, por el cual se entiende que “el Estado ha sido creado para el hombre y no éste para el Estado”⁴⁷.

Resulta entonces que, “la Constitución establece este imperativo de la servicialidad del Estado como una consecuencia de la primacía de la persona establecida en su artículo 1º,7 lo que quiere decir, según el profesor Soto Kloss, es que ‘está en función de’, que está ‘para su beneficio’, que está ‘subordinado a ella’, que ‘actúa en razón de ella’, esto es, el Estado es un ‘medio para la perfección de la persona’, no para su escarnio, servidumbre, avasallamiento o esclavitud”⁴⁸.

Del mismo modo, se destaca que con la consagración de este principio, “hay aquí una concepción instrumental del Estado; éste no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, un instrumento que tiene como fundamento favorecer el desarrollo integral de los seres humanos. Esta concepción está indisolublemente unida al fin que el Estado debe lograr, que no es otro que el bien común”⁴⁹.

Esta vocación del Estado –ergo de todos sus órganos- no solo se encuentra recogida en nuestra Carta Política. De modo coherente y sistemático, nuestro legislador además expresamente se encargó de disponer por medio de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que:

“Artículo 2º.- Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

⁴⁷ RAMELLA, P. 1993. La Estructura del Estado. San Juan, Argentina, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1993, pág. 35.

⁴⁸ DAVIS, C. El principio de Servicialidad del Estado, y su aplicación en el régimen municipal. [En línea] <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=151884&folderId=198190&name=DLFE-4681.pdf> [Consulta: 25 de septiembre de 2016].

⁴⁹ VERDUGO, M., PFEFFER, E. y NOGUEIRA, H. 1997. Derecho Constitucional. Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, tomo I, Sección Segunda, Bases de la Institucionalidad, pág. 112.

Artículo 3º. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.
(...”).

En coordinación con esta exigencia orgánica por la que se entiende que el Estado se encuentra a servicio de la persona, se agrega la consideración del Principio *Pro Homine*, que constantemente se ha reconocido por la Corte IDH. En efecto, se señala:

“[El principio *pro homine*] informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁵⁰.

En un mismo sentido el profesor Nogueira expresa que:

“el postulado o principio “favor persona”, tiene dos dimensiones o vertientes específicas, la primera como preferencia interpretativa y la segunda como preferencia normativa (5). En primer lugar, se destaca la dimensión del principio como preferencia interpretativa, según la cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; y cuando se trate de entender una limitación a un derecho, se deberá optar por la interpretación que más restrinja su alcance. En segundo lugar, se resalta la dimensión del principio como preferencia normativa, en virtud de la cual “ante un caso a debatir, el juez [...] tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico”⁵¹.

⁵⁰ PINTO, M. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto.

⁵¹ NOGUEIRA, H. El Principio Pro Homine o Favor Persona en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa. [En línea] <<http://cmjusticiaconstitucional.com/wp->

En consecuencia, cada vez que un órgano ejerza sus potestades discrecionales, no solo nos debemos preguntar si cumple o no con el mandato constitucional de la servicialidad y la imperatividad del *principio pro homine*. Dicho de otro modo, nos hemos de preguntar si con la actuación discrecional el órgano administrativo, ¿se está respetando y maximizando la dignidad y DDHH de las personas?, ¿existe otra interpretación u opción que sea más acorde con estas máximas?

Con esto vemos que, las potestades discrecionales también resultan ser alcanzadas por los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, el *Principio de servicialidad del Estado* y el *Principio Pro Homine*, no solo exigen no vulnerar los DDHH y la dignidad de las personas, sino que también exige tomar las decisiones que más favorezcan al ejercicio de los derechos esenciales de éstas.

CAPÍTULO 3.

LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y LA APLICACIÓN DEL DIDH PARA CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

Hemos desarrollado como premisa que dado el propósito y fundamento del DIDH, éste se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como un nuevo y genuino mecanismo de limitación, control y guía del ejercicio de las potestades discrecionales de la administración. Por lo mismo, no se puede pretender incumplir tratados internacionales relativos a los DDHH, justificando la actuación en una potestad discrecional reconocida constitucional, reglamentaria o legalmente.

Pero más aún, el DIDH como nuevo parámetro de la discrecionalidad no es solo una consideración deseable (ya que optimizaría el respeto por la dignidad humana), sino que del tenor de los compromisos suscritos y del reconocimiento que nuestro propio sistema normativo les da, es jurídicamente obligatorio realizar este examen, por el cual se testea si el ejercicio de la discrecionalidad es acorde o no con los DDHH.

Nos corresponde ahora examinar si lo anterior ha tenido un correlato jurisprudencial, y en su afirmativa, en qué términos ha sido reconocido y cuál ha sido la profundidad de este fenómeno.

De este examen, debemos señalar dos importantes prevenciones metodológicas: En primer lugar, el universo jurisprudencial consultado se refiere a casos en que se aplica sustantivamente el DIDH, a partir del ejercicio de acciones constitucionales de amparo y acciones de protección. Como segunda prevención, se consideró como límites temporales las sentencias dictadas en el período comprendido entre los años 2.005 y 2.015⁵².

Finalmente, en este marco contextual también es necesario señalar que de la revisión de los fallos dictados, la mayoría de los pronunciamientos en que expresamente se alude al

⁵² La definición de este universo jurisprudencial estudiado (que comprende el decenio 2.005 - 2.015), se explica en su punto de partida porque el año 2005 se realiza una importante reforma a nuestra Constitución Política, la que termina por consolidar institucionalmente la posición del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, otorgándole -entre otras potestades- la competencia exclusiva para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, sea en su control preventivo (u abstracto) o sea en su control represivo (o ex post), impactando con esto fuertemente el diseño de nuestra justicia y jurisprudencia constitucional. Explicando los efectos de esta reforma, y entre otros, ver: DÍAZ DE VALDÉS, J. 2009. La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes. Revista Actualidad Jurídica N° 20, julio 2009, Tomo I, Santiago, Chile, Universidad del Desarrollo, pp. 35-69.

fenómeno fueron dictados en el marco del cuestionamiento de la potestad discrecional de la administración, sea para expulsar a inmigrantes irregulares, sea para aprobar la visación de extranjeros.

Fue posible encontrar un pronunciamiento y razonamiento también en otras materias vgr. uso de fuerza por parte de Carabineros de Chile, decisiones de Gendarmería, entre otras; pero en estos casos no se alude expresamente a una *potestad discrecional*, simplemente se razonaba sobre la forma en que el DIDH controla, limita y guía las *potestades públicas*.

Por el motivo anterior, y solo para hacer más explícita la forma en que ha razonado nuestra jurisprudencia, se optó por considerar y citar aquellos casos (en su mayoría relativos a inmigración) en que la jurisprudencia expresamente alude al fenómeno de la *discrecionalidad*.

Dicho lo anterior, a continuación pasaremos a dar cuenta de los resultados obtenidos.

3.1 Primera corroboración: DIDH sí ha sido entendido como un límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Un primer fenómeno que es posible advertir en el razonamiento jurisprudencial, consiste en que nuestros Tribunales ordinarios han afirmado que las potestades discrecionales no pueden ser invocadas para vulnerar el DIDH, por lo que ha actuado en los hechos como un límite al ejercicio de estas prerrogativas.

En términos expresos, y siguiendo con el razonamiento desarrollado por el Tribunal Constitucional, se ha sentenciado por nuestra Excma. Corte Suprema:

“7°.- (...). Estos razonamientos, sumado a que la normativa en materia de extranjería fue expedida con anterioridad a la Constitución Política de la República y a la vigencia y ratificación por Chile del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otros Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, llevan al Tribunal Constitucional a sostener una alteración en el entendimiento que ha existido acerca de la potestad discrecional de la autoridad administrativa para otorgar y rechazar visados a extranjeros.

En efecto, sostiene que el ejercicio de estas potestades, a la luz del actual marco normativo nacional e internacional, tiene un nuevo estándar. La autoridad administrativa, ‘En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”⁵³ (énfasis nuestro).

La misma línea argumentativa es posible encontrar en el razonamiento que nuestra Excm. Corte Suprema ha desarrollado:

“5°.- Que la potestad discrecional es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenido en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona.

(...).

Del mismo modo, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁵⁴ (subrayado nuestro).

⁵³ CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala Penal, con fecha 12 de junio de 2014, en causa N° de Ingreso 11.521-2.014.

⁵⁴ CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala Penal, con fecha 12 de junio de 2014, en causa N° de Ingreso 11.521-2.014.

En un mismo sentido es posible ver que, a propósito de la expulsión de inmigrantes irregulares como facultad discrecional, se ha considerado:

“6°) Que, tratándose de una facultad, ella ha de ser ejercida tomando en cuenta los demás principios que informan el ordenamiento jurídico, en particular aquellos de rango constitucional, como es el derecho a la libertad personal y seguridad individual, consecuencia del cual es el de entrar y salir del territorio, debiendo interpretarse en forma restrictiva las excepciones a tal derecho, pues hacerlo de otro modo puede resultar en una conducta arbitraria por parte de la autoridad facultada al efecto.

(...) Esta diversidad de posibilidades punitivas responde evidentemente a la consideración de factores distintos y propios de cada sujeto afectado, entre los cuales no puede dejar de considerarse, en la especie, la circunstancia de ser el amparado padre de cuatro hijos chilenos, a cuyo interés superior no puede la Corte desatender sin violentar el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y el artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres, situación que necesariamente ocurriría en el evento de cumplirse al decreto de expulsión, que sólo afecta al padre” (subrayado nuestro)⁵⁵.

Prácticamente en los mismos términos la ltima. Corte de Apelaciones de Iquique sostuvo:

“**SEXTO:** Que así, de las normas que regulan las solicitudes y otorgamiento de visas para que un extranjero ingrese al país se colige que la autoridad posee una potestad discrecional para concederlas o denegarlas, pero en este último caso la decisión deberá respetar el principio de juridicidad, comenzando por los derechos fundamentales protegidos por la Carta Fundamental, ser además proporcional y siempre deberá expresar los hechos y fundamentos de derecho, es decir, los motivos para tal decisión, entre los que tendrá especial atención la conveniencia o utilidad que reporta al país la concesión de la visación de residente de que se trate, y el perjuicio de terceros.

Razonamientos que, sumado a que la normativa en materia de extranjería fue expedida con anterioridad a la Constitución Política de la República y a la vigencia y ratificación por Chile del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permiten

⁵⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada por la 9na Sala, con fecha 21 de marzo de 2014, en causa N° de Ingreso 423-2014.

sostener – según ha sido recogido en los autos Rol 1059-2015 de la Excma. Corte Suprema - que el actual marco normativo tiene un nuevo estándar, esto es, que la autoridad administrativa ‘en esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2 de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1. de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentre en una fase de regularización (artículo 12.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N° 15 y 27 de dicho pacto); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”⁵⁶(subrayado nuestro).

Con los considerandos transcritos anteriormente, podemos establecer como punto de partida que, en el razonamiento de nuestra judicatura sí se ha afirmado la existencia del DIDH como un genuino límite, un nuevo estándar con el que ha de cumplir el ejercicio de esta modalidad del poder público.

3.2 Segunda corroboración: Existencia de un desarrollo jurisprudencial consciente e intencionado.

En segundo lugar, vale señalar que no solo ocasionalmente se ha recurrido al DIDH como una limitación a esta modalidad del ejercicio de potestades públicas. Nuestros Tribunales Superiores de Justicia -al menos en cuanto a las potestades discrecionales de visación y

⁵⁶ CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. 2015. Sentencia de primera instancia, dictada con fecha 31 de marzo de 2015, en causa N° de Ingreso 56-2015.

expulsión de inmigrantes se refiere-, han afirmado constantemente la existencia de este límite.

Pero más allá de ello, nuestra judicatura parece estar desarrollando una genuina línea jurisprudencial en la materia, esto es, un conjunto razonado de fallos, coherentes entre sí, en que tienen en vista la regla reafirmando su validez, vigencia y aplicabilidad, que incluso son citados expresamente.

Así por ejemplo, podemos ver en fallo de nuestra Excma. Corte Suprema:

“Cuarto: Que como ya lo señalara esta Corte (Rol Ingreso Corte N° 11.521-14) la potestad discrecional es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenido en una norma jurídica.

No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona. (...)⁵⁷ (énfasis nuestro).

De igual modo, resulta ser buena muestra lo pronunciado por la Itma. Corte de Apelaciones de Iquique:

“QUINTO: En relación a la potestad discrecional, la Excma. Corte Suprema, en los autos Rol 11.521-2014 y 1059-2015, ha señalado que es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenida en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona. Pues, por aplicación del artículo 6 de la Constitución Política de la República, la autoridad -aún en el ejercicio de su competencia- está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que evidentemente se incluye el derecho a la libertad personal y la seguridad individual del artículo 19 N° 7.

⁵⁷ CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 21 de enero de 2015, en causa N° de Ingreso 1059-2015.

En este sentido, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero (...)⁵⁸ (subrayado nuestro).

Forma parte de la misma lógica, en que se reitera la regla jurisprudencialmente desarrollada, el pronunciamiento de la ltima. Corte de Apelaciones de Temuco:

“QUINTO: Que desde el punto de vista internacional, la Convención sobre los derechos del niño, ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico chileno, confiere a este último una serie de derechos tendentes a asegurar la protección del superior interés de niños, niñas y adolescentes. (...).

SEXTO: Que en el mismo sentido se ha pronunciado esta misma Corte en la causa rol 563-2014, reforma procesal penal, de 18 de julio de 2014, considerandos segundo y tercero, en la que textualmente sostuvo lo siguiente: ‘así las cosas, el órgano jurisdiccional al resolver esta acción debe cerciorarse que el acto impugnado, además de provenir de una autoridad competente que actúe dentro del marco de sus atribuciones y en un caso previsto por la ley, no sea fruto de la arbitrariedad, lo que trae aparejada la obligación de verificar su razonabilidad, proporcionalidad y motivación, sin que esto suponga ignorar el margen de discrecionalidad que poseen determinadas autoridades para decidir, a la luz de los antecedentes, si ejercen o no la facultad concedida por la ley – en el presente caso – para expulsar a la amparada’. Y agregó: ‘Que, en ese orden de ideas, en el presente caso, esta Corte estima que la decisión ministerial revisada no satisface las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria, (...). Sobre esto último, reiterada jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha manifestado y explicado la importancia de la conformación de una familia en este país como elemento a ponderar al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero, por imperativos constitucionales, así consagrados en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, como provenientes de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente de los artículos 3, 8 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño’⁵⁹ (subrayado nuestro).

⁵⁸ CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. 2015. Sentencia de primera instancia, dictada con fecha 31 de marzo de 2015, en causa N° de Ingreso 56-2015.

⁵⁹ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2015. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 15 de mayo de 2015, en causa N° de Ingreso 497-2.015.

De lo señalado, podemos observar –como fue referido más arriba- que nuestras más altas magistraturas citan expresamente, ante nuevos casos, lo que previamente ya había afirmado en cuanto a las potestades discrecionales en su relación con el DIDH. Esto nos ha llevado a pensar que estamos lejos de estar ante una jurisprudencia aislada, muy por el contrario, estamos ante la construcción de una serie de reglas de origen jurisprudencial, que están siendo desarrolladas de modo consiente y expreso.

3.3 Tercera corroboración: Corresponde a los Tribunales de Justicia controlar que la discrecionalidad no lesione los DDHH.

También se ha afirmado por nuestra judicatura que corresponde precisamente a los Tribunales de Justicia controlar que la discrecionalidad no afecte DDHH. Así es posible leer:

“Octavo: Que los actos de la administración deben estar siempre supeditados al imperio del Derecho, correspondiendo a los Tribunales de Justicia velar por su acatamiento. Se ha afirmado a ese respecto que ‘Un sometimiento pleno a la ley y al Derecho no puede tener sentido alguno si no implicase una sumisión plena al juez, que es elemento indispensable para que cualquier Derecho pueda ser eficaz...’. Inclusive más, a propósito del ejercicio de facultades discrecionales de la autoridad, se ha indicado también que “...el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal ha sido conferida...la existencia de la potestad, su extensión concreta, y la realidad de los hechos que legitiman su aplicación o en virtud de los cuales se pone en marcha la competencia, el procedimiento, el fin, el fondo parcialmente reglado...”, precisándose –finalmente- que cuando los Tribunales de Justicia ejecutan ese control, “no suplantán...la función propia de los órganos políticos y administrativos, sino que atienden a que la actuación de éstos se mueva en el espacio preciso en que la Constitución les ha situado: dentro del espacio delimitado por la Ley y el Derecho.” (Eduardo García de Enterría, “Democracia, Jueces y Control de la Administración”, Thomson/Civitas, 2005, pp. 140, 156 y 164);

Noveno: Que, desde esa perspectiva y teniendo en cuenta la doble antijuridicidad que exige la protección de la garantía invocada, lo que corresponde a esta Corte elucidar es si la autoridad recurrida se sujetó en su actuación al derecho y si a dicha

actuación es dable atribuirle notas de la arbitrariedad que proscribe nuestro ordenamiento. (...)”⁶⁰ (subrayado nuestro).

Igual razonamiento ha sostenido la ltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, quien ha entendido que la vulneración de las normas del DIDH genera una *perturbación o amenaza de la amparada*, correspondiéndole precisamente a la magistratura *reestablecer el imperio del derecho* quebrantado:

“Octavo: (...) Cabe destacar que este apartado reprochado sobre infracción al principio del debido proceso viene a indicar el derecho de cada migrante a unas garantías mínimas en los procedimientos judiciales, penales y administrativos, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar la existencia de un proceso justo y equitativo, con el fin último de evitar arbitrariedades o abusos por parte de las autoridades responsables. Asimismo, el debido proceso está consagrado como un derecho fundamental y, por consiguiente, como criterio inspirador de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho. En relación a los derechos de los migrantes, el principio de debido proceso está inserto en los procedimientos migratorios, con el fin de proteger a estas personas de la violación de sus derechos ante autoridades tanto del actuar judicial como administrativo, exigiéndose en el Derecho Internacional la necesidad de adoptar a nivel regional algunas normas mínimas uniformes para garantizar los derechos de las personas migratorias que se encuentren sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole, esto es, un piso mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación, exigencia que es la que se advierte en forma manifiesta que no se cumplió en la especie respecto de la recurrente y respecto de los cuales se han pronunciado en forma reiterada y uniforme los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, en términos de consagrar el debido proceso como una garantía y derecho con cabal aplicación en los procedimientos migratorios (...).

Noveno: Que, en consecuencia, al proceder del modo indicado en los considerandos precedentes, la Resolución recurrida ha provocado perturbación o amenaza al derecho de la amparada a su libertad personal, de modo que ésta sede Conservatoria

⁶⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Sentencia definitiva de primera instancia dictada por la 9na Sala, con fecha 1 de agosto de 2013, causa N° de Ingreso 8.413-2.013.

restablecerá el imperio del derecho en los términos que se expresará a continuación⁶¹ (subrayado nuestro).

Con lo anterior, vemos que nuestra judicatura no ha vacilado a la hora de controlar si en los hechos, la discrecionalidad administrativa ha o no vulnerado los Derechos Humanos.

3.4 Cuarta corroboración: Constituyen un mandato obligatorio para los Órganos de Administración del Estado –OAE en adelante- cumplir el DIDH, aun cuando gocen de discrecionalidad.

Tal como hemos venido planteando, es posible ver que la jurisprudencia ha señalado que la administración, no por contar con la posibilidad de actuar discrecionalmente, se encuentra habilitada como para lesionar los derechos básicos de las personas.

Es más, resulta ser que el cumplimiento del DIDH no es una cuestión opcional para los OAE, sino que es un genuino imperativo jurídico:

“3° Que establecido someramente el marco fáctico y normativo que fundó la medida, es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad. En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales.

(...)

7° Que en este sentido, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quienes cuentan con más de 17 años de residencia ininterrumpida en Chile, con pareja estable desde hace 11 años, también extranjera,

⁶¹ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 2015. Sentencia de primera instancia, dictada con fecha 20 de octubre de 2015, causa N° de Ingreso 290-2015.

la que posee residencia permanente y trabajo como empleada de casa particular y con quien tiene una hija de tres años de edad, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta⁶².

De igual modo, se ha sentenciado:

“3°) Que, de la lectura de los artículos 17 del DL 1094 y 30 de su Reglamento, se advierte que otorgan una ‘facultad’ a la Administración, mas no el ‘deber’ de expulsar al ciudadano extranjero, a diferencia de diversas otras normas de dichos cuerpos normativos, donde es imperativa para la autoridad la prohibición de ingreso (artículo 15 del DL 1094), la expulsión del territorio (artículos 145 y 146 del Reglamento), o el rechazo de la solicitud de visación o permisos (artículo 63 del DL 1094).

Tal diferenciación entre un deber y una facultad de expulsar es fundamental, pues la segunda deja un margen a la autoridad administrativa para ponderar otros elementos diversos a los que el propio precepto enumera y, en base a ellos, decidir si ejerce o no la facultad, en este caso, de expulsar al no nacional (igual distinción en esta materia, y sus implicancias, ha sido expuesto en SSCS, Rol N° 3867–10 de 08.06.2010 y Rol N° 4466–13 de 11.07.2013).

4°) Que, en ese orden de ideas, del análisis de los antecedentes aparece que la autoridad administrativa omitió ponderar diversos elementos relevantes, que, a juicio de esta Corte, no deben pasarse por alto en el tipo de decisiones aquí revisadas.

(...).

Ya ha tenido oportunidad esta Corte de manifestar y explicar la importancia de la conformación de una familia en este país como elemento a ponderar al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero, por imperativos constitucionales, así consagrados en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, como provenientes de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente de los

⁶² CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 19 de febrero de 2015, causa N° de Ingreso 2.309-2.015.

artículos 3, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. SSCS Rol N° 3867–10 de 08.06.2010, Rol N° 7018–2012 de 14.09.2012, Rol N° 66–13 de 09.01.2013, y Rol N° 4466–13 de 11.07.2013)”⁶³.

En otros términos, también se ha señalado que incluso las consideraciones del DIDH pueden ser *bastante para que la autoridad administrativa se inhiba de ejercer la facultad que le confiere la ley*:

“2°. Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares del amparado, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus dos hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de parte de la familia del recurrente en este país que torna la decisión de expulsión en ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3° obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9° compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

3°. Que la ponderación de las antes dichas circunstancias, es bastante para que la autoridad administrativa se inhiba de ejercer la facultad que le confiere el artículo 16 número 2 de la Ley de Extranjería en orden a impedir el ingreso del amparado a territorio nacional por cuanto aquellas tienen preponderancia sobre las disposiciones migratorias.

4°. Que de lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 21 inciso tercero de la Carta Fundamental que permite a toda persona reclamar de amparo por una situación como la de autos y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas

⁶³ CORTE SUPREMA. 2013. Sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 3 de septiembre de 2013, causa N° de Ingreso 6366-2013.

pertinentes que garantizan el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata⁶⁴ (subrayado nuestro).

3.5 Quinta corroboración. El DIDH guía u orienta el ejercicio de las potestades discrecionales.

Nuestra Corte Suprema también ha afirmado que los DDHH han de servir como una guía en el ejercicio de la discrecionalidad, orientando la forma en que se ejercen las potestades. Con ello vemos que no solo –en términos negativos- *limitan* la actuación, sino que también en términos positivos *orientan* su ejercicio.

En este sentido, sostuvo nuestra Excm. Corte Suprema:

“4°. (...) Por otra parte, ocurre que la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad señala como obligaciones generales en su artículo cuarto, que los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna. ‘A tal fin, los Estados se comprometen a: f) emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal...para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices’; y, en su artículo 14 N° 2, donde señala que ‘los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones que las demás, derecho a garantías de conformidad con los objetivos y principios de la presente convención, incluida la realización de ajustes razonables’.

Estas disposiciones deben orientar el trato que Gendarmería debe dar a los internos en cumplimiento del respeto a las garantías constitucionales de que ellos gozan. En consecuencia, sin desconocer que la facultad de determinar el recinto de cumplimiento es propia de la recurrida, en el ejercicio de aquella debe ajustarse a los derechos que la legislación reconoce a los sujetos condenados a penas privativas de libertad y a los estándares mínimos que su condición humana impone.

⁶⁴ CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 15 de julio de 2015, causa N° de Ingreso 8.759-2015.

5° Que, de lo analizado, surge que el traslado se cumplió sin fundamento, sin informe previo y sin notificación de donde deriva que tal conducta ha sido arbitraria ya que aparece desprovisto de toda razón y algunos de los internos han reclamado sentirse afectados en sus derechos más básicos, razón por la cual el recurso debe ser acogido⁶⁵ (subrayado nuestro).

3.6 Sexta corroboración: La razonabilidad y proporcionalidad como mecanismo utilizado para controlar si la discrecionalidad administrativa respeta el DIDH.

Las tradiciones jurídicas han desarrollado distintos mecanismos para controlar judicialmente la discrecionalidad. Conocido es el método alemán que evalúa la proporcionalidad de la medida⁶⁶, preguntándose si la medida adoptada es necesaria, adecuada y proporcional en *stricto sensu*.

Mientras en España se controla la *arbitrariedad* de los actos, según si éstos están debidamente fundados o no⁶⁷; en Francia utilizan el *error manifiesto en la ponderación de los antecedentes* como mecanismo de control⁶⁸, esto significa que lo que evalúan es si ha existido una equivocada apreciación de las circunstancias y si ésta resulta ser manifiesta.

Un mecanismo de control distinto es el desarrollado por los ingleses, en que se controla que en el ejercicio de la discrecionalidad, sean tomadas decisiones razonables. De este modo, cuando el acto administrativo atenta en contra del sentido común, estamos ante un acto irracional anulable por la justicia⁶⁹.

⁶⁵ CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 30 de octubre de 2014, causa N° de Ingreso 26.492-2.014.

⁶⁶ Para lo anterior ver: Ruiz, R. y De la Torre, L. 2011. Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho (N° 14), 2011, pp. 27-44. [En línea]. Disponible en: < <http://www.rtdf.es/numero14/02-14.pdf>> [Consultada el 3 de enero de 2017]. Y: PEREDO, M. 2013. El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto: Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán. En: Estudios constitucionales. vol.11, n.2, pp.47-96. [En línea] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200003&lng=es&nrm=iso [Consultada el 3 de enero de 2017].

⁶⁷ Véase: ALEMÁN, M. Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la Administración. [En línea] Disponible en: < http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96> [Consultado el 3 de enero de 2017].

⁶⁸ Véase: SUBRA, P. 1994. La potestad discrecional. En: en Documentación Administrativa, nro. 239, INAP, Madrid, ps. 61-64. También: SÁNCHEZ, M. 1994. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Tecnos, Madrid, p. 92, 131 y ss.

⁶⁹ Explica esto: SOTO KLOSS, E. 1.973. ¿Existe un Derecho administrativo inglés? En: Revista de administración pública (N° 70), pp. 113-184. [En línea] Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112559>> [Consultado el 3 de enero de 2017].

Finalmente, también podemos señalar el modelo norteamericano. Este modelo tiene como base que, la administración goza de una mayor autonomía en su toma de decisiones, por lo que el juez cuando conoce de sus actos, no solo ha de respetar esa autonomía, sino que también ha de considerar que (i) él no es un técnico en la materia, y (ii) la decisión que revisa, viene precedida de un procedimiento administrativo. Por ello, lo que controla el juez es (i) si el procedimiento cumplió con los requisitos legales; (ii) si en el expediente administrativo existían antecedentes que pudieren llevar a concluir como lo hizo la administración, y (iii) si la decisión fue racional y señala los fundamentos de por qué se tomó una opción y no la otra⁷⁰.

De la revisión de nuestra jurisprudencia es posible advertir que mayoritariamente se sigue lo que podríamos llamar el modelo alemán, en que se cuestiona la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas administrativamente adoptadas.

En este sentido podemos citar:

“4° Que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad”⁷¹ (subrayado nuestro).

En la misma línea jurisprudencial:

“5.- Que, así las cosas, la resolución atacada, al no hacerse cargo de todos los elementos detallados, deviene en arbitraria, por ausencia de fundamentos, a lo que cabe agregar las circunstancias personales y familiares de la amparada, puesto que, conforme a los antecedentes reseñados en el libelo, la recurrente ha formado familia en nuestro país, la que se encuentra conformada por su pareja Luis Marcelo Sánchez Bastías y su hijo Luis Antonio Sánchez Adames, nacido el 30 de agosto de 2013, ambos de nacionalidad chilena; en este contexto, la ejecución de la orden de abandono del país es desproporcionada e importa una trasgresión al principio del

⁷⁰ Para lo anterior, ver: GARCÍA, J. 2013. Deferencia técnica a agencias administrativas. En: El Mercurio Legal, 14 de agosto de 2013, Santiago, Chile. [En línea] Disponible en: < <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-jose-francisco-garcia-qdeferencia-tecnica-a-agencias-administrativasq.html>> [Consulta realizada el 3 de enero de 2017]. También: GARCÍA, W. 2013. Criterios para la Revisión Judicial de la Potestad Reglamentaria en el Derecho Norteamericano. En: Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado (Nº.29), , Junio, pp.11-28.

⁷¹ CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por la Segunda Sala (Penal) con fecha 7 de mayo de 2014, causa Nº de Ingreso 10.425-2014.

interés superior del niño, en la especie, en relación con el menor Luis Antonio Sánchez Adames porque implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta, también, lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”⁷² (subrayado nuestro).

De igual modo, en el cuestionamiento de la potestad discrecional de la administración de expulsar a inmigrantes irregulares, se sostuvo:

“**TERCERO:** Que, en la aplicación de toda medida restrictiva o privativa de derechos fundamentales, como ocurre en el presente caso, es necesario evaluar la proporcionalidad de la misma a partir de los intereses de jerarquía constitucional concurrentes en el caso concreto”⁷³ (énfasis nuestro).

Otro ejemplo lo constituye lo aseverado por nuestra Excma. Corte Suprema:

“**3°** Que establecido someramente el marco fáctico y normativo que fundó la medida, es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad. (...).

7° Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas, y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, son motivos suficientes para revocar el fallo apelado”⁷⁴ (énfasis nuestro).

En un mismo sentido la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco:

⁷² CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por la Segunda Sala (Penal) con fecha 29 de abril de 2014, causa N° de Ingreso 9.081-2014.

⁷³ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2015. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 15 de mayo de 2.015, causa N° de Ingreso 497-2015.

⁷⁴ CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por la Segunda Sala (Penal) con fecha 23 de marzo de 2015, causa N° de Ingreso 3.694-2.015.

“10º) Que no obsta a la calificación de ilegal del acto recurrido la circunstancia que por tratarse de un empleo a contrata, la ley 18.834, en sus Arts. 3º y 10º, establezca la transitoriedad de los servicios contratados bajo esa modalidad y faculte al Jefe Superior del servicio para ponerles fin anticipadamente por necesidades superiores del servicio, toda vez que dicha facultad no exime de la obligación de motivar la decisión, explicando las razones o fundamentos de la misma, como anteriormente quedó dicho. Concluir lo contrario significaría amparar la arbitrariedad de los actos de la administración del Estado, al entender que las decisiones discrecionales de la autoridad no requieren de fundamento alguno, lo que es contrario a los principios en que se sustenta el Estado Democrático de Derecho”⁷⁵ (subrayado nuestro);

3.7 Séptima corroboración: Posible extensión del razonamiento a actos realizados por particulares.

Aun cuando resulta ser muy diferente el ejercicio de una potestad pública a un derecho subjetivo reconocido a un particular, también es posible observar que nuestra jurisprudencia en ocasiones ha extendido la fuerza del DIDH como guía de la actuación de particulares, en el ejercicio de sus derechos subjetivos.

De este modo, cuando éstos ejercen las prerrogativas que el ordenamiento jurídico les reconoce, han de todos modos de considerar como límite de su actuación el respeto por la dignidad humana.

En este sentido a propósito del derecho a la educación y de la facultad de cancelar la matrícula a alumnos se sentenció:

“**DECIMO CUARTO:** Que en síntesis la actuación del recurrido es ilegal por: 1.- En modo alguno se ha acompañado algún Acta o la forma de realización de algún procedimiento en virtud del cual se pueda desprender legal y racionalmente el método en virtud del cual se han aplicado la medida de no renovación de matrícula al alumno- Salvo considerar la pura voluntad del recurrido y sus discrecionalidad- que el derecho no lo permite.2.- En esa línea, el actuar del recurrido también es ilegal, pues no se ha ceñido a su propio Reglamento de Evaluación de Enseñanza Media, como lo señaló el actor a fs. 15 vta. y se desprende del documento de fs.17. En este caso

⁷⁵ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 29 de abril de 2014, causa N° de Ingreso 8-2.014.

el recurrido sólo ha tomado una decisión por voluntad sin apegarse a su Reglamento 3.-Además es ilegal porque no se ciñe a la legislación interna de nuestro país, así no ha respetado el artículo 3° de la ley 20370, en especial los principios de equidad, integridad e interculturalidad. No debiendo excluir, excluye. Del mismo modo la Convención de los Derechos del Niño, puesto que como se ha dicho no se ha tomado en consideración para las medidas el interés superior del niño. De igual forma no se ha tomado en consideración la autonomía progresiva del artículo 5° de la Convención de los Derechos del Niño, ni el Derecho a ser oído del artículo 12. En efecto, el recurrente fue tratado no como sujetos titular de derechos humanos sino que en una actitud pre-convención que es de paternalismo, de piedad frente al adolescente en que se le mira como un incapaz y no como un sujeto de derechos. En la misma línea se viola la garantía del 19 N° 10 de la Constitución, el artículo 13 del PIDESC y artículo 28 de la CDN, pues el acto de no renovar la matrícula es en definitiva un acto de violencia extrema que despoja al niño de su derecho a la educación, de su derecho al desarrollo de su personalidad, del derecho a la identidad (Artículo 8 CDN) con sus pares, sus hermanos y su comunidad. También se viola la garantía del 19 N° 1 de la Constitución, pues el derecho a la Vida, comprende también el desarrollo de la personalidad. Naturalmente la integridad psíquica y física. Es ilegal además pues viola la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues al imponer al alumno, condiciones que no están en el reglamento, comete discriminación y establece diferencias arbitrarias- según se ha explicado”⁷⁶ (subrayado nuestro).

En un razonamiento similar, la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco debió resolver si actos realizados por particulares, aún en el libre y completo ejercicio de sus derechos, debían o no respetar como límite básico las exigencias que impone el DIDH.

En efecto, el conflicto surge a raíz de la construcción de un muro que no respetaba las ordenanzas municipales, al que a su vez se le reprochaba -a título de arbitrariedad- no construir un adecuado sistema de desagüe para el mismo, afectando con ello las viviendas contiguas, las que ahora estaban expuestas a una mayor humedad.

Ambas irregularidades denunciadas -como sostenían los recurrentes- afectarían Derechos Humanos reconocidos internacionalmente (en particular, se acusaba la lesión del derecho a una vivienda digna).

⁷⁶ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2012. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 13de febrero de 2012, causa N° de Ingreso 23-2.012.

En lo anterior, la Corte de Apelaciones de Temuco, en primer lugar, inicia su razonamiento afirmando que en nuestro ordenamiento jurídico existe el *derecho a una vivienda digna*, cuya fuente de reconocimiento descansaría en pactos internacionales:

“**SEXTO:** (...). Es necesario consignar que entre el conjunto de garantías que componen el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, se encuentra el derecho a la vivienda digna; el que no solo hace referencia al derecho a la persona de disponer de cuatro paredes y un techo donde encontrar refugio, sino que también implica acceder a un hogar y a una comunidad seguras en las que vivir en paz, con dignidad y salud física y mental. El ejemplo paradigmático de la interdependencia entre los diferentes derechos humanos, es el garantizar el derecho a una vivienda adecuada como algo esencial para garantizar el derecho a la familia, a la no injerencia en la vida privada, a la seguridad personal, a la salud y, en definitiva, para asegurar el derecho a la vida.

El derecho a una vivienda adecuada se halla reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ya que en su artículo 11 establece: **‘el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuadas y una mejora continuada de las condiciones de existencia’**. (...)⁷⁷.

Posteriormente, no solo reafirma la existencia de este derecho, sino que pasa a caracterizarlo y desarrollarlo, desde fuentes internacionales:

“Por lo demás, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna en el ámbito internacional se configura a partir del derecho a un nivel de vida adecuado recogido, además, en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado el contenido de este derecho en dos observaciones generales y es en la Observación general número 4 donde se concretan las condiciones que configuran el carácter ‘adecuado’ de la vivienda.

En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente

⁷⁷ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia dictada con fecha 21 de julio de 2014, causa N° de Ingreso 8828-2013.

como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de **vivienda adecuada**. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: 'el concepto de 'vivienda adecuada'... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable'. (...)»⁷⁸.

Sobre esta base, acto seguido la Itma. Corte de Apelaciones de Iquique afirma que la construcción del muro junto con ser un acto ilegal, constituye también un acto arbitrario, toda vez que los déficits técnicos de desagüe en su construcción constituyen un acto que lesiona y afecta directamente el *derecho a una vivienda digna*, el cual es reconocido y garantizado por el DIDH:

“SÉPTIMO: Que, habiendo quedado establecido, como consta de la parte expositiva de este fallo, que la construcción efectuada por el Supermercado Unimarc en la Comuna de Padre Las Casas de esta jurisdicción, adyacente al Condominio Conunhuenu, donde habitan los recurrentes, es en primer lugar una edificación que forma parte del edificio del Supermercado y no se trata precisamente de un muro divisorio pues el deslinde está señalado por un cerco de alambre.

Que, dicha construcción afecta a todos los departamentos del referido condominio Conunhuenu en forma tal que las señaladas viviendas se han vuelto insalubres por la falta de luz natural y por la extrema humedad que existe dentro de ellas, lo que, inevitablemente afecta la vida de los recurrentes en relación con su salud física y

⁷⁸ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia dictada con fecha 21 de julio de 2014, causa N° de Ingreso 8828-2013.

psíquica, ya que dichos departamentos son inadecuados para albergar a un ser humano, es posible colegir que, efectivamente la recurrida, con su actuar ilegal y arbitrario, ha afectado la vida y la salud de los recurrentes.

Por lo anteriormente expuesto, se dará lugar al recurso intentado (...)”⁷⁹ (subrayado nuestro).

De este modo, si bien en su naturaleza es diferente el ejercicio de una potestad pública al ejercicio de un derecho subjetivo reconocido a un particular, de todos modos nuestra jurisprudencia homologando de algún modo el razonamiento, ha extendido la fuerza del DIDH a sujetos de orden privado, limitando con esto la forma en que éstos pueden ejercer sus derechos.

3.8 Algunas consideraciones de la jurisprudencia analizada.

De los puntos anteriores es posible advertir entre otras cosas que, nuestros tribunales ordinarios –en particular las Cortes de Apelaciones y nuestra Corte Suprema- se encuentran en desarrollo de una serie de reglas jurídicas, las que aun cuando estén en reciente construcción, nos permitieron advertir que el DIDH sí ha tenido un impacto en las potestades discrecionales.

Este –en consecuencia- es un primer punto que desde ya debemos rescatar. La relación “DDHH-potestades discrecionales” sí ha tenido una traducción en la discusión jurisprudencial que se da ante las Cortes nacionales, quedando graficado en las sentencias previamente citadas, lo que nos da paso para que nos preguntemos y evaluemos cómo ha sido desarrollada en el fondo la convergencia de estos fenómenos jurídicos.

Con la lectura de este capítulo, logramos detectar que en aquellos casos en que se aplica sustantivamente el DIDH, se ha afirmado –a lo menos- que éste: (i) limita las actuaciones discrecionales de la administración; (ii) constituye un estándar que han de cumplir los OAE; (iii) no solo será una barrera a su actuación, sino que también una genuina guía sobre la forma de ejercer estas potestades; (iv) habilita para que los Tribunales de Justicia controlen que la discrecionalidad no implique un incumplimiento al DIDH; (v) empleando para ello, la técnica proveniente del derecho alemán de la proporcionalidad.

⁷⁹ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia dictada con fecha 21 de julio de 2014, causa N° de Ingreso 8828-2013.

Pero más allá de esto, debemos también notar un segundo fenómeno, que se refiere al contexto de éstas máximas jurisprudenciales detectadas. Estamos ante sentencias recientes, que oscilan mayormente entre el período 2010-2015.

Esto si bien nos puede llevar a entender que es probable que en el futuro próximo se continúen asentando y desarrollando nuevos criterios o nuevas reglas jurídicas de la relación “discrecionalidad-DDHH”, también lo podemos tomar como un dato de incertidumbre. Nada asegura que la jurisprudencia mantendrá estos criterios, siendo perfectamente posible que nuestra judicatura recule en estas fórmulas, y deje de concebir el DIDH como un mecanismo de límite, control y guía de la discrecionalidad.

Con todo, existe un importante indicador en sentido contrario. Dejan de manifiesto las sentencias destacadas en el punto 3.2 de este apartado que, nuestras Cortes parecen estar conscientemente desarrollando esta línea jurisprudencial, citando de modo expreso aquellos considerandos que provenientes de otras causas, ratifican la forma en que hemos de entender la relación entre la discrecionalidad y la dignidad de las personas.

Pero, como fue prevenido, no sabemos el modo futuro como será comprendida esta relación. Debemos recordar que los DDHH han constituido un triunfo de la modernidad, que nada asegura que su proyecto se mantenga durante el tiempo.

Por lo mismo, resulta interesante –como segundo indicador- lo que se ha sostenido en la materia por nuestro Tribunal Constitucional. Dicha magistratura, nos permitirá una comprensión integral del fenómeno, que según si ratifique o reniegue lo señalado por la judicatura ordinaria, importará un fuerte refuerzo o retroceso para la comprensión sobre cómo han de impactar los DDHH en la discrecionalidad administrativa.

Resulta entonces que, dado lo relevante de la opinión de nuestro TC sobre el tema, examinaremos en las páginas siguientes el estado de la discusión ante esta judicatura.

CAPÍTULO 4.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, POTESTADES DISCRECIONALES Y DERECHOS HUMANOS.

Con la reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional –en adelante TC- se ha consolidado en nuestra institucionalidad como un importante foro de discusión, en que por la especialidad de las materias que conoce, ha desarrollado importantes criterios interpretativos que orientan a los distintos operadores en la comprensión de nuestra Carta Fundamental.

Demuestra su importancia el exponencial aumento de litigación que se ha presentado en el último período, en donde el número promedio de acciones intentadas bordea los 200 requerimientos anuales.

A esto, se suman históricos y recientes pronunciamientos de la magistratura, que han terminado por modificar la estructura de nuestro sistema normativo. Así, la derogación de la tabla de factores de la Ley de Isapres que discriminaba según el sexo de las personas⁸⁰; el fallo relativo a la “Píldora del día después”⁸¹; la discusión acerca de la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional⁸², entre otros, demuestran la relevancia de los fallos de esta instancia.

Con esto vemos que, pasa a ser del todo relevante lo que el Tribunal Constitucional señale a propósito de nuestro tema de estudio. Por ello, tal cual como fue estudiada la jurisprudencia de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, por este capítulo indagaremos si la Magistratura Constitucional ha empleado o no los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para configurar el alcance de las potestades discrecionales de la Administración.

4.1 Limitaciones de la jurisprudencia de este foro.

Aun cuando hemos destacado lo gravitante que resulta ser la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debemos señalar que en esta instancia de discusión, en general la aplicación

⁸⁰ Ver, entre otras: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2010. Sentencia dictada con fecha 6 de agosto de 2010, en causa N° de Ingreso 1710-2010; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2008. Sentencia dictada con fecha 6 de junio de 2008, en causa N° de Ingreso 976-2007.

⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2008. Sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2008, en causa N° de Ingreso 740-2007.

⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2002. Sentencia dictada con fecha 8 de abril de 2002, en causa N° de Ingreso 346-2002.

que se ha realizado del DIDH ha sido más bien escasa, con lo que el desarrollo de la norma internacional ha descansado más bien en la judicatura ordinaria.

De esta limitación, señala Humberto Nogueira:

“El Tribunal Constitucional chileno, en nuestra opinión, a través de sus fallos, ha contribuido en muchas materias a un desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico y de la dogmática constitucional chilena. Sin embargo, en el ámbito de la interrelación derecho internacional y derecho interno y, en especial, en materia de derechos esenciales contenidos en tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico y los principios que rigen en la materia, ha mostrado una ausencia de línea jurisprudencial consistente, pudiendo apreciarse vaivenes e inconsistencias a través de sus sentencias”⁸³.

Estos vaivenes e inconsistencias que denuncia el profesor Nogueira, tal cual como las desarrollaremos a continuación, los podemos resumir en dos eventos: (i) cuantitativamente, existe poca implementación de estándares internacionales en la argumentación que desarrolla el Tribunal Constitucional. A esto, se agrega que, (ii) como el Tribunal Constitucional ha entendido que el único examen que puede realizar es sobre la constitucionalidad de un precepto, no procedería –directamente- examinar los compromisos del DIDH, ya que éstos tienen un carácter inferior al texto constitucional.

Con todo, también existen importantes casos en que el Tribunal Constitucional recurre al DIDH en sus criterios y razonamientos para la resolución del asunto que se encuentra conociendo, razón por la cual es pertinente incluir su estudio⁸⁴.

4.1.1 Poca implementación de estándares internacionales por parte del Tribunal Constitucional.

Como recientemente lo ha estudiado Judith Schönsteiner⁸⁵, a diferencia de lo que el sentido común nos pareciere indicar, los casos en que nuestro Tribunal Constitucional ha recurrido a

⁸³ NOGUEIRA, H. 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005. [En línea] Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta 15 de octubre de 2016].

⁸⁴ En este sentido, y entre otras ver: (i) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2015. Sentencia dictada con fecha 1 de octubre de 2015, en causa N° de Ingreso 2673-2014; (ii) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2013. Sentencia dictada con fecha 30 de mayo de 2013, en causa N° de Ingreso 2306-2012; y (iii) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2011. Sentencia dictada con fecha 4 de enero de 2011, en causa N° de Ingreso 1683-2010.

⁸⁵ SCHONSTEINER, J. 2016. El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador. Rev. derecho (Valdivia) [En línea]. Disponible en:

criterios del DIDH para resolver un asunto sometido a su conocimiento, han sido más bien escasos en comparación al número de fallos que se dictan por la magistratura.

Así, aun cuando un 70% de los recurrentes suele citar normas y argumentos del DIDH, solo en un 15,4% de los casos estos argumentos son discutidos por los ministros⁸⁶. Señala Judith Schönsteiner que “los ministros del Tribunal Constitucional no han encontrado consenso aún en relación con cuándo referenciar el DIDH en la jurisprudencia constitucional”.

Pero el punto no es solo que los datos muestran complicaciones a la hora de referenciar el DIDH, sino que también en cuanto a la relación sustantiva entre las normas constitucionales y las reglas de los DDHH:

“las cifras presentadas a lo largo de este artículo confirman no solamente la dificultad del Tribunal de llegar a un mínimo común denominador acerca del DIDH, sino también que no existe claridad sobre el rol del juez constitucional en cuanto a su deber de explicitar, iura novit curia o corrigiendo las partes, el sentido y alcance de la Constitución. Las posiciones se están diversificando. Como un ministro lo identificó, el tribunal está en ‘una situación de inflexión’ en relación con el uso del DIDH en las sentencias”⁸⁷ (énfasis nuestro).

Constatando el mismo fenómeno, Manuel Núñez precisa que

“el Tribunal ha mostrado su tradicional distanciamiento del Derecho internacional a través de dos prácticas constantes: i) evadiendo derechamente el pronunciamiento, a pesar de ser expresamente requerido para ello; y ii) invocándolo como argumento retórico ad abundantiam”⁸⁸.

Similar constatación termina concluyendo Humberto Nogueira, quien afirma:

“Puede sostenerse que desde 2007 hasta 2010 que es el límite diacrónico de nuestra investigación, hay un uso del derecho internacional de los derechos humanos moderado, con distinta intensidad y objeto por parte del Tribunal Constitucional, en

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100010&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 16 de octubre de 2016].

⁸⁶ Ibíd. p. 223.

⁸⁷ Ibíd. p. 223.

⁸⁸ NUNEZ, M. 2009. La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [En línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100014&lng=es&nrm=iso> [Consultado 16 de octubre de 2016].

relación al conjunto de fallos dictados en cada uno de los años del quinquenio, manteniéndose tales citas entre siete y once anuales en todo el quinquenio”⁸⁹.

4.1.2 Tesis de la legalidad de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, como limitante de la discusión.

Una segunda limitación al desarrollo e interpretación del DIDH por parte del Tribunal Constitucional, va por comprender que a juicio de esta magistratura, los tratados internacionales en general -y en particular los relativos a los DDHH- tienen un rango *infraconstitucional*.

Así, ha sentenciado:

“DUODÉCIMO: Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N° 17°, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma. Precisamente ésta fue la conclusión sentada por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 346, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, oportunidad en la que, haciendo suya la tesis explicada por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se sostuvo que: “En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica ...” y que “las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales. Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta

⁸⁹ NOGUEIRA, H. 2012. El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010. [En línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100007&lng=es&nrm=iso> [consultado 16 de octubre de 2016].

Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (considerando 75º). El Tribunal Constitucional reiteró, en esta sentencia, el criterio previamente vertido en la sentencia Rol N° 46, de 1987, donde había advertido que el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto (considerando 70º), con lo cual descartó la tesis de que a tales tratados pudiera reconocérseles rango constitucional”⁹⁰ (subrayado nuestro);

Esta comprensión ha limitado la aplicación del DIDH, puesto que el Tribunal Constitucional es el lugar en donde -por antonomasia- se confronta si determinados preceptos o proyectos de ley, se encuentran conforme a la Constitución Política y no a otras normas de menor carácter.

Luego, los tratados internacionales aun cuando versen sobre Derechos Humanos no tendrían –a juicio del TC- una jerarquía constitucional, por lo que la confrontación de la discusión no resulta ser entre el precepto (o su proyecto) y la exigencia del tratado, sino que entre la norma discutida (o su proyecto) y la letra constitucional.

Esto podría explicar por qué la Magistratura Constitucional tiene una escasa jurisprudencia relativa al DIDH, según lo constatamos en el epígrafe anterior. Con todo, no por el hecho que la discusión se centre en la Constitución (entendida en un sentido formal), debemos comprender que el DIDH pasa a ser un factor irrelevante.

Ya nos ha prevenido Humberto Nogueira que no obstante estas consideraciones:

“Del análisis efectuado en el presente artículo es posible concluir que el Tribunal Constitucional en el quinquenio analizado, progresivamente, va incluyendo al derecho internacional convencional de los derechos humanos en el canon o parámetro de control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales como son las leyes, a través de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en control de constitucionalidad reparador concreto. Las sentencias del Tribunal Constitucional han pasado desde una prescindencia del derecho internacional de los derechos humanos como regla general, aun cuando este fuere invocado por los requirentes (sentencias rol N° 468 de 9 de diciembre de 2006; rol N° 555 de 19 de diciembre de 2006; rol N°

⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2013. Sentencia dictada con fecha 9 de enero de 2013, en causas N° de ingreso 2387-2012 y 2388-2012.

591 de 11 de enero de 2007; entre otras) a un uso moderado y tímido de las normas jurídicas internacionales, a partir de 2007”⁹¹.

4.2 El Tribunal Constitucional y las potestades discrecionales.

Como fue dicho, el período estudiado va desde el año 2.005 hasta el año 2.015, lográndose advertir que, a la época, ha sido poco relacionado el fenómeno de las potestades discrecionales con las exigencias del DIDH.

La discusión -en los términos planteados- solo se dio en dos oportunidades, a propósito de la discusión de las potestades discrecionales con las que cuenta la autoridad administrativa, para visar y expulsar inmigrantes en situación de ingreso y/o estadía irregular al país.

Incluso, aun si solo consideráremos los casos en que se ha pronunciado sobre la discrecionalidad administrativa, más allá si el TC empleó o no las exigencias de los DDHH, lo cierto es que no nos encontramos ante un gran número de casos en los que se haya desarrollado un criterio para estas facultades.

En general, el Tribunal Constitucional ha entendido que estamos ante una potestad discrecional, señalando algunas consideraciones a su respecto, a propósito de las siguientes materias: (i) la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación; (ii) facultad de las Isapres de modificar discrecionalmente los precios del contrato de salud; (iii) la atribución del Ministerio del Interior para el otorgamiento de visaciones, y para decretar la expulsión de inmigrantes irregulares.

Por lo anterior, -y en honor a la sinceridad intelectual- como este análisis metódico de la relación entre las potestades discrecionales y el DIDH solo ha ocurrido en dos fallos del TC⁹², quizás resulta apresurado señalar que estamos ante un criterio y jurisprudencia asentada en la materia. Por ahora, desde estos dos pronunciamientos, solo podríamos señalar que se dan las bases para que esta línea jurisprudencial comience a ser asentada.

Con todo, pasaremos a continuación a explicitar los criterios que podría estar asentando el TC en cuanto a esta modalidad del ejercicio del poder público, precisamente a propósito de los dos fallos existentes en la materia.

⁹¹ NOGUEIRA, H. 2012. loc. cit.

⁹² Sentencias discutidas a propósito del ejercicio de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en causas N° de Ingreso 2273-2012, y causa N° de Ingreso 2257-2012.

4.3 Primera corroboración: Existencia de un precedente previo.

A propósito de un proyecto de ley que sancionando el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, otorgaba facultades investigativas discrecionales al Consejo de Defensa del Estado, nuestro TC en la causa N° de Ingreso 189 del año 1995, tuvo una primera oportunidad para referirse a la discrecionalidad administrativa.

Si bien este fallo está fuera de nuestro margen temporal (período comprendido entre el año 2.005 -2.015), haremos referencia a él, en cuanto puede tener una significativa importancia en futuras sentencias.

En primer lugar, en la búsqueda jurisprudencial referida, este constituye uno de los pocos casos en que el TC se ha referido a la materia. Así, aun cuando hubiéremos obviado el factor temporal, resulta que éste –junto con los otros casos ya referidos- aparece como uno de los pocos pronunciamientos que se han dado sobre el tema en este foro de discusión.

En segundo lugar, lo que en esta oportunidad se sentenció puede a futuro asentar una línea jurisprudencial cierta. Podemos estar ante un genuino punto de partida para el TC, en que se podría establecer una regla en cuanto al ejercicio de las potestades administrativas discrecionales.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional ha asumido como práctica, citar constantemente considerandos y razonamientos de otras sentencias, cuando se le presentan nuevos casos que tienen conexión con los asuntos debatidos. Por ello, es relevante tener en la mira este caso, pues constituye el punto de inicio del TC en la materia, y puede ser posible que en un futuro nuevamente sea retomado.

Señalado lo anterior, y ya en el fondo del asunto, por esta sentencia en primer lugar la magistratura identificó las potestades y las calificó como potestades discrecionales:

“8°. (...) Para la investigación de este delito, el inciso tercero del artículo 16 otorga facultades al Consejo de Defensa del Estado, servicio público descentralizado que conforme a su ley orgánica está bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República, para que efectúe y practique en forma discrecional, sin sujeción a tutela judicial alguna, las medidas que indica tendientes a establecer los hechos constitutivos de los delitos tipificados en el proyecto y, posteriormente, conforme a su

artículo 13, decidir en forma privativa o monopólica, si ejercita o no la acción penal correspondiente, sin que tenga que fundar su decisión si así no lo hiciere”⁹³;

Acto seguido, sostiene que la amplitud de la discrecionalidad, y la ausencia de un control judicial efectivo, la configura como una modalidad contraria a nuestro texto constitucional:

“10°. Que el referido inciso tercero del artículo 16 del proyecto vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas, cuando dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a personas objeto de una investigación de dicho servicio, o para requerir a terceros la entrega de antecedentes o documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva pertenecientes también a las personas investigadas. Las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, pues no se preveen recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen”⁹⁴ (subrayado nuestro).

Esta amplitud, a juicio de la Magistratura Constitucional, vulnera el artículo 1 de nuestra Constitución, por cuanto un órgano del Estado está siendo autorizado para lesionar los derechos de la persona, sin control alguno. De igual modo, se vulneraría el artículo 19 N° 3 al afectar el debido proceso; y los numerales 4 y 5 del mismo artículo 19, en cuanto se afecta la inviolabilidad de las comunicaciones y el respeto por una vida privada.

Es en este razonamiento, en cuanto asienta una importante base para el ejercicio de las potestades discrecionales:

“10. (...).Es decir, la Constitución está señalando al legislador que su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1.995. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 198-1995, con fecha 4 de enero de 1995.

⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1.995. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 198-1995, con fecha 4 de enero de 1995.

están antes que los derechos del Estado y que éste debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto, y en consecuencia toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo. En efecto, la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas. Lo anterior se aprecia nítidamente en el proyecto ya que las facultades de incautación de documentos, antecedentes probatorios y "objetos que se recojan" dependen de potestades discrecionales amplias, en que los motivos que autorizan la actuación del servicio y de los funcionarios que lo representen, sólo depende de la apreciación libre y subjetiva de quien adopta el acuerdo y participa en su aplicación"⁹⁵.

Con esto, tenemos las primeras reglas jurisprudenciales que regularían la materia, (i) *la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política*, (ii) *ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno.*

4.4 Segunda corroboración: Caracterización previa del tipo de potestades.

Previa a la resolución del fondo de la cuestión debatida, hemos identificado que en todos los casos en que sobre discrecionalidad se discute, parte el análisis la Magistratura Constitucional, señalando que estamos ante una potestad administrativa discrecional:

“SÉPTIMO: Que la norma objeto del reproche constitucional indica lo siguiente:

‘Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

⁹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1.995. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 198-1995, con fecha 4 de enero de 1995.

Este precepto establece la prerrogativa del Ministerio del Interior para otorgar, prorrogar y conceder visados temporales o permanentes según un conjunto de tres criterios: la conveniencia que reporte al país su otorgamiento; la utilidad del mismo y la reciprocidad internacional en la materia. Adicionalmente, esta discrecionalidad amplia está limitada a la concurrencia de un requisito formal: la existencia de un informe previo de la Dirección General de Investigaciones.

Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno⁹⁶ (subrayado nuestro).

Este razonamiento, es reiterado exactamente en los mismos términos, por la sentencia dictada en causa N° de ingreso 2257-2012:

“Este precepto establece la prerrogativa del Ministerio del Interior para otorgar, prorrogar y conceder visados temporales o permanentes según un conjunto de tres criterios: la conveniencia que reporte al país su otorgamiento; la utilidad del mismo y la reciprocidad internacional en la materia. Adicionalmente, esta discrecionalidad amplia está limitada a la concurrencia de un requisito formal: la existencia de un informe previo de la Dirección General de Investigaciones.

Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad, que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno⁹⁷ (subrayado nuestro).

En otra clase de conflictos, mantiene el TC el mismo sistema de razonamiento, en que estudia el precepto impugnado, lo califica jurídicamente, y luego examina su constitucionalidad:

“DECIMOCUARTO: Que lo que se cuestiona en el presente requerimiento de inaplicabilidad en definitiva, al eliminar la remisión que efectúa el artículo 256 del Código Procesal Penal a la letra c), del artículo 248 del mismo cuerpo legal, es la facultad de no perseverar en el procedimiento, la que constituye una salida autónoma en el proceso penal, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo.

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

⁹⁷ *Ibíd.*

Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el Fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación.

En efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal le otorga al fiscal tres alternativas para llevar adelante luego de cerrada la investigación. Tales alternativas son: a) solicitar sobreseimiento, b) formular acusación y c) comunicar la decisión de no perseverar;

DECIMOQUINTO: Que, como ha señalado recientemente esta Magistratura, para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumplan una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ella existan elementos discrecionales, que no pueden ejercerse de manera arbitraria o abusiva, para cuyo efecto existen mecanismos de control⁹⁸.

Con esto vemos que la Magistratura Constitucional ha desarrollado un genuino *modus operandi* para la resolución de los conflictos que en esta materia surjan, que consiste en una primera identificación de la potestad, luego su debida caracterización, para finalmente proceder al fondo, analizando si quebranta o no la Constitución Política.

4.5. Tercera corroboración: Las potestades discrecionales no son inconstitucionales.

No cuestiona nuestro Tribunal Constitucional el que nuestro legislador otorgue facultades discrecionales a la administración. Los dos fallos en comentario, implícitamente entienden en su razonamiento que, no porque estemos ante una potestad discrecional, *ipso iure* deviene la norma que la otorga en un precepto inconstitucional.

Precisamente lo que se examina no es la existencia de la potestad, sino que si de su ejercicio se pueda devenir ante una inconstitucionalidad. Lo anterior es explicitado por los Ministros Marcelo Venegas e Iván Aróstica Maldonado, quienes en voto de minoría, asientan:

“4°) Que, en todo caso, la facultad “discrecional” que el artículo 13 del DL N° 1.094 concede al Ministerio del Interior, no aparece por sólo ello reprochable, puesto que encuentra sustento en al artículo 24, inciso segundo, constitucional, que al Jefe de Estado expresamente le acuerda las más amplias atribuciones, en tanto “su autoridad

⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2012. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2026-2011, con fecha 14 de agosto de 2012.

se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior” de acuerdo con la Constitución y las leyes”⁹⁹ (énfasis nuestro).

Es más, a propósito del cuestionamiento de alguna de las facultades del Ministerio Público, nuestro Tribunal Constitucional no solo ha señalado que las potestades discrecionales no constituyen una modalidad antijurídica, muy por el contrario, han fallado que su uso se encuentra justificado:

“14°. Que, en efecto, se le han otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en las cuales puede actuar con cierta discrecionalidad. (...).

15°. Que dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente.

Para maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48);

16°. Que permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico: (...)¹⁰⁰ (subrayado nuestro).

En esta misma sentencia, añade posteriormente la Magistratura Constitucional:

“45°. Que la función de investigar es una potestad del Ministerio Público; pero el Ministerio tiene discrecionalidad para decidir si investiga o no. Por su parte, dicha discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en el órgano persecutor para el cumplimiento de su función de dirección de la investigación, según se ha profundizado en otros considerandos de esta sentencia”¹⁰¹ (subrayado nuestro).

Lo anterior, parece ser la doctrina uniforme de la judicatura constitucional:

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013, voto de minoría de Ministros Don Iván Aróstica y Marcelo Venegas.

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de ingreso 2561-2013, con fecha 30 de diciembre de 2013.

¹⁰¹ *Ibíd.*

“**DECIMOQUINTO:** Que, consecuente con lo ya expresado, el requerimiento debe ser rechazado, además, por cuanto de los antecedentes aportados resulta manifiesto que, más que cuestionar la disposición legal, lo que se está cuestionando es la actuación del Ministerio Público y sus facultades, asunto que no puede ser debatido en esta sede. En este sentido, debe tenerse presente lo razonado por esta Magistratura, en orden a que ‘Tampoco puede prosperar una acción de inaplicabilidad en que, bajo la aparente imputación de inconstitucionalidad en la aplicación de determinado precepto legal en una gestión judicial pendiente, en realidad se pretende cuestionar la forma o modalidad en que determinadas autoridades han procedido en el cumplimiento de sus potestades privativas’ (Rol N° 1244, de fecha dos de junio de dos mil nueve, considerando 20º)”¹⁰² (énfasis nuestro).

En consecuencia, no cuestiona nuestro Tribunal Constitucional la existencia misma de las potestades discrecionales. De los considerandos citados previamente, es posible -más bien- advertir que ésta puede constituir una modalidad legítima por la cual el legislador habilita la actuación administrativa.

En lo que en realidad se detiene la Magistratura Constitucional, es en la posibilidad de que, determinado ente administrativo por su particular contexto normativo, pueda o no en el ejercicio de la discrecionalidad, lesionar derechos constitucionalmente protegidos.

4.6. Cuarta corroboración: El DIDH constituye un límite a la potestad discrecional.

Desde un primer momento, nuestro Tribunal Constitucional parte afirmando que el ejercicio de las facultades de la administración reconoce como límite material las reglas que provienen del DIDH, los que ahora pasan a constituir un nuevo estándar con el que deben cumplir las autoridades del ejecutivo:

“**SÉPTIMO:** (...). En esta sentencia se expondrá que esta potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional y, especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según se explicará. Estos criterios sustanciales enmarcan la facultad de los Estados para rechazar el ingreso de

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2011. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de ingreso 1481-2009, con fecha 10 de mayo de 2011.

determinados extranjeros y para no otorgar el visado correspondiente de manera excepcional”¹⁰³ (énfasis nuestro);

Con el avance mismo de los considerandos, la idea anterior se asienta con mayor fuerza:

“CUADRAGESIMONOVENO: Que, analizado en su integridad este caso, fluye nítidamente una doctrina que altera el entendimiento que ha existido acerca de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para otorgar y rechazar visados, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094. Lo anterior lleva a que, en estricto rigor, hoy día exista la necesidad de establecer reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país. Estas reglas se configuran por el nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional, según se explicará;

QUINGUAGÉSIMO: Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”¹⁰⁴ (subrayado nuestro).

Señala de igual modo nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia de 10 de septiembre de 2013:

“43°) Que, analizado en su integridad este caso, fluye nítidamente una doctrina que altera el entendimiento que ha existido acerca de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para otorgar y rechazar visados, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094. Lo anterior lleva a que, en estricto rigor, hoy día exista la necesidad de establecer reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país. Estas reglas se configuran por el nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional, según se explicará:”¹⁰⁵ (subrayado nuestro).

4.7. Quinta corroboración: La discrecionalidad no puede devenir en arbitrariedad, al ser limitada por el DIDH.

Se detalla -acto seguido- que, como las normas del DIDH han de constituir un límite a la discrecionalidad, es que dicha potestad no puede tampoco devenir en un ejercicio arbitrario de la prerrogativa legal:

“**DECIMOTERCERO:** Que el conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites”¹⁰⁶.

Lo mismo es reiterado en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013:

¹⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

“4°) (...). Es sensato comprender que el otorgamiento de visas no puede devenir en un trámite automático, especialmente cuando una masiva afluencia de extranjeros obliga a ponderar las capacidades del país para recibirlos, en las áreas de la salud, educación, vivienda, servicios básicos y otros. Y sin que sea necesario volver aquí respecto a una cuestión que ya es de aceptación universal, cual es que la ‘arbitrariedad’ en que degrade el ejercicio de una potestad discrecional, debe ser corregida por los jueces del fondo, merced a técnicas de control demasiado conocidas como para tener que repetirlas nuevamente en esta oportunidad”

(...);

“7°) Que el conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites.”¹⁰⁷ (subrayado nuestro).

A lo anterior, en voto de prevención y por el acogimiento del requerimiento, agregan los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García:

“5. Que, sin perjuicio de lo anterior, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe un conjunto de disposiciones aplicables a esta materia que exigen que el margen de discrecionalidad interna del Estado (tanto de la potestad legislativa como de la administrativa) no deba convertirse en arbitrariedad (entre otras: Conferencia Internacional Americana de 1928 de La Habana, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos). A la luz de las disposiciones de esos tratados y su concreción en Observaciones Generales es posible configurar ciertos límites a la potestad del derecho interno de cada Estado: (...)”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2257-2012, con fecha 10 de septiembre de 2013.

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2257-2012, con fecha 10 de septiembre de 2013, voto de minoría de los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García.

4.8. Sexta Consideración: El DIDH limita las potestades discrecionales, aun cuando éstas descansen en normas pre-convencionales.

No obsta el que estemos ante una potestad discrecional que descansa en una norma dictada con anterioridad al tratado internacional. Aun en estos eventos, el DIDH limita estas facultades:

“CUADRAGESIMOTERCERO: Que las facultades del Ministerio del Interior, según ya vimos no sólo son pre-constitucionales sino que también pre-convencionales, resultando natural invertir el orden de las obligaciones para ajustar esta potestad estrictamente al artículo 5 inciso segundo de la Constitución.

Por tanto, estas atribuciones ejercidas discrecionalmente, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, deben ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó (...)¹⁰⁹.

Tal como hemos venido señalando, el considerando anterior es reiterado en sus mismos términos en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2013:

“37°) Que las facultades del Ministerio del Interior, según ya vimos, no sólo son pre-constitucionales sino que también pre-convencionales, resultando natural invertir el orden de las obligaciones para ajustar esta potestad estrictamente al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

Por tanto, estas atribuciones ejercidas discrecionalmente, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, deben ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó legalmente al país y que sorteó los requisitos iniciales habilitantes contemplados por el legislador, según lo dispone la Constitución (...).¹¹⁰ (subrayado nuestro).

Añaden los Ministros Carlos Carmona, Hernán Vodanovic y Gonzalo García en voto minoritario estimativo del requerimiento:

“Que, además, el artículo 67 del Decreto Ley N° 1.094, determina la potestad de inducir ‘una auto-expulsión del país’ por cuanto, una vez rechazadas o revocados los permisos solicitados, ‘el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros

¹⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

¹¹⁰ *Ibíd.*

afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país’.

Esta normativa preconstitucional está en directa oposición con la normativa internacional que vincula a nuestro país en la materia. Es así como el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: (...)”¹¹¹.

4.9. Séptima corroboración: El DIDH orienta el ejercicio de las potestades discrecionales.

Señala nuestro Tribunal Constitucional que los órganos del Estado deben promover los DDHH, imponiendo una lógica de análisis fundada en los derechos de las personas, que determinará el ejercicio de la discrecionalidad, invirtiéndose su predominio. Con ello, es la potestad discrecional la que ha de alinearse con las exigencias de los DDHH, y no a la inversa.

Ya no es la discrecionalidad la que determina la promoción de los DDHH, sino que es el DIDH el que encamina el ejercicio de las facultades administrativas:

“DECIMOTERCERO: (...) En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país; (...)

DECIMOCUARTO: Que, sin perjuicio de que el derecho a emigrar no tiene un correlativo simétrico en el derecho a inmigrar y en el deber de recibir, se reconoce que los Estados pueden regular internamente esta materia, siguiendo las limitaciones enunciadas en el considerando anterior. Por lo mismo, múltiples Constituciones establecen las distinciones expresas del caso. A título ejemplar citaremos un conjunto

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 10 de septiembre de 2013, votos de minoría de los Ministros Hernán Vodanovic, Carlos Carmona y Gonzalo García.

relevante de ordenamientos que hacen esa diferencia en sus textos constitucionales”¹¹² (subrayado nuestro).

Continúa razonando la magistratura:

“**CUADRAGÉSIMO:** Que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de que la norma fundamental no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obliga a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”;

(...)

CUADRAGESIMOTERCERO: (...).

Por tanto, estas atribuciones ejercidas discrecionalmente, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, deben ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó legalmente al país y que sorteó los requisitos iniciales habilitantes contemplados por el legislador, según lo dispone la Constitución. Hay una dimensión inicial y propia de los flujos migratorios que se produce en escenarios de frontera y de controles administrativos. Sin embargo, resuelto el paso y el ingreso al país, se impone la lógica de la integración, esto es, el plano de los derechos de los inmigrantes a permanecer en el país. Esa discrecionalidad mayor del Ministerio del Interior se invierte y pasa, ahora, a ser predominante la óptica de los derechos fundamentales del extranjero, los cuales pueden ser limitados como todo derecho constitucional, bajo los test propios de igualdad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial de los mismos, según las reglas constitucionales generales”¹¹³ (subrayado nuestro);

Reiterando los considerandos anteriores, en sentencia de fecha 10 de septiembre entiende nuestro Tribunal Constitucional:

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

“4°) Que, frente a esta realidad, el punto de partida es sostener, junto a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Es así como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

‘1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.’.

Este artículo ha sido objeto de desarrollo y concreción jurídica por parte del Pacto respectivo. Es así como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: (...)

5°) Por tanto, el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional. Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados;¹¹⁴ (subrayado nuestro).

En suma, ha sostenido la Magistratura Constitucional que es la administración la que debe adecuarse a las exigencias de los Derechos Humanos, y no a la inversa como si fuese el DIDH el que queda relegado a las formas de actuación administrativa.

4.10 Recapitulación de los elementos identificados ante el Tribunal Constitucional.

Así como las Cortes de Apelaciones y nuestra Corte Suprema están desarrollando una serie de reglas que nacen de la relación entre DIDH y las potestades discrecionales, es posible observar un fenómeno similar ante el Tribunal Constitucional.

A pesar de no existir un gran volumen de sentencias en este sentido, el TC ha tenido oportunidad de aportar con relevantes criterios que, -en términos generales- van avanzando en una misma dirección que lo asentado por la judicatura ordinaria.

En este sentido, ha sido posible advertir que para el Tribunal Constitucional: (i) no es posible calificar *ipso iure* como inconstitucionales las potestades discrecionales; (ii) pero lo anterior no nos puede llevar a entender que, la administración por gozar de discrecionalidad puede

¹¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 10 de septiembre de 2013.

obviar los DDHH; (iii) de hecho, el DIDH orienta el ejercicio de toda potestad pública comprendiéndose en esto las facultades discrecionales de la administración; (iv) pudiendo incluso devenir en arbitrariedad la discrecionalidad que no respeta las exigencias que imponen los tratados internacionales sobre la dignidad de las personas.

Pero junto con el desarrollo de estas reglas jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional además propone un método de razonamiento, por el que (i) invita a identificar y calificar las potestades, para luego (ii) analizar si están siendo ejercidas acorde a los mandatos constitucionales (en particular si respetan y son practicadas según los DDHH), (iii) y con ello finalmente concluir si su ejercicio deviene o no en una inconstitucionalidad.

Con esto, ya habiendo analizado la relación “discrecionalidad-DDHH” ante la jurisprudencia, damos paso a nuestro siguiente capítulo, por el cual exploraremos lo que se ha sostenido doctrinariamente, en cuanto a la posibilidad de que el DIDH limite, controle u oriente el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración.

CAPÍTULO 5.

ANÁLISIS DOCTRINARIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS EXIGENCIAS DEL DIDH.

El cuadro normativo vigente ha variado el escenario en que se mueve la administración. La entrada en vigencia de la actual Carta Política con sus principios y particulares alusiones a los órganos del Estado, sumado a la dictación la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, entre otros cuerpos legales, junto con las exigencias propias de una nueva época, han impuesto nuevos desafíos, metas y estándares con los que ha de cumplir la administración y sus funcionarios.

La doctrina ha advertido que -en un contraste con períodos históricos precedentes- se han impuesto en la actualidad nuevas características producto del cambio de época:

“Las profundas transformaciones del Estado, producto del triunfo del modelo económico de mercado y su intento de conciliación con la debida atención y garantías que los ciudadanos esperan a sus demandas sociales de bienestar, han hecho redefinir no sólo las funciones que el Estado debe cumplir sino, muy especialmente, ha cambiado la significación de ciertas técnicas que no son nuevas ni desconocidas en el ámbito administrativo, pero cuya mayor utilización ha multiplicado la incidencia que tiene la administración sobre la esfera subjetiva de los particulares. Esta mayor incidencia ocurre, en especial, en el ámbito de la libertad económica donde los ciudadanos gozan de unos márgenes generosos de actuación tras el repliegue del Estado como agente económico de producción, situación que ha ido aparejada del reforzamiento de su condición de garante tanto del sistema de mercado como de ciertas prestaciones o servicios de utilidad pública”¹¹⁵.

A lo anterior, hemos de sumar la participación de nuevos entes, que parecieren quebrar el esquema clásico de la actuación y posición de los órganos de la Administración del Estado, Las Superintendencias:

¹¹⁵ CAMACHO, G. 2010. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado. Santiago, Chile, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Tomo IV, p. 81.

“Estos organismos son la expresión de un importante cambio orgánico y fundacional de la Administración del Estado y del nuevo rol que éste asume como consecuencia del proceso liberalizador de la economía, impulsado decididamente mediante la privatización de las empresas públicas a partir de los años 80. De este modo, no sólo se permite el acceso a los privados para desarrollar actividades económicas antes reservadas a la gestión del Estado, sino también se traslada la propiedad de los activos estatales a manos privadas, lo que significa el retraimiento del ente estatal como agente económico gestor de servicios públicos de importancia crucial para el desarrollo y el bienestar social”¹¹⁶.

Con la advertencia de estos múltiples fenómenos, y en particular con la complejidad del mundo contemporáneo, se ha pretendido visibilizar lo difícil y compleja que resulta ser la regulación de la actuación de estos Órganos del Estado, en miras a todos los objetivos que han de cumplir.

Con todas estas exigencias jurídicas que se le imponen a la administración, ésta debe enfrentar satisfactoriamente desafíos propios del mundo moderno y la sociedad del riesgo. Mas, nos resulta de especial interés destacar un desafío y exigencia particular propio de la época post guerras: *el respeto, promoción y garantía de los DDHH*.

Como nos ha explicado el profesor Luis Cordero:

“el Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o autoridad (ii), y como Derecho de aplicación cuasimecánica de una omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo”¹¹⁷.

Entonces y en atención a nuestro tema de estudio, en las siguientes líneas indagaremos cómo nuestra doctrina ha comprendido y vinculado el DIDH a la actuación de la administración del Estado, en su faceta discrecional. Con esto atenderemos la quinta de nuestras preguntas propuestas en un inicio: ¿cómo ha comprendido la doctrina la relación entre potestades discrecionales de la administración y los DDHH?

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 138.

¹¹⁷ CORDERO, L. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Colección Tratados y Manuales. Santiago, Chile, Thomson Reuters p. 71.

5.1 Ausencia dogmática de un tratamiento integral de la cuestión.

En los capítulos anteriores hemos podido comprobar que, más allá de lo limitado de los pronunciamientos que se han dado tanto en la justicia ordinaria como especial, es posible apreciar una regla en construcción, por la cual se predica que *los DDHH limitan y orientan la manifestación discrecional de los órganos del Estado*.

Con lo insipiente que puede resultar la construcción, el contraste con el desarrollo doctrinal nos muestra que en la materia, han sido los Tribunales de Justicia quienes han evidenciado la situación y construido el estándar normativo, manteniéndose la doctrina -hasta el momento- como unos simples espectadores del fenómeno.

Lo cierto es que el examen del tratamiento dogmático muestra que no se han vinculado las exigencias del DIDH y la forma en que éste interactúa, con las decisiones discrecionales de la administración. Más bien, la doctrina nacional ha seguido la construcción clásica, no habiendo identificado ni desarrollado la cuestión en términos explícitos y directos.

Así por ejemplo y como texto de consulta clásica, Eduardo Soto Klos en su libro "*Derecho Administrativo. Temas fundamentales*"¹¹⁸, al tratar las facultades discrecionales se limitan a referirse a los siguientes tópicos: (i) etimología de la discrecionalidad; (ii) la prudencia como un elemento que orienta la discrecionalidad; y (iii) la conceptualización misma de la discrecionalidad; sin referirse de modo alguno al tema en estudio.

Lo propio ocurre con el profesor y ex ministro de nuestra Corte Suprema Pedro Pierry, quien en su texto "*El Control de la Discrecionalidad Administrativa*"¹¹⁹ trata los siguientes temas: (i) Poder discrecional y competencia reglada; (ii) el vicio de la Desviación de Poder y su relación con la discrecionalidad; (iii) Los principios generales del Derecho y la forma en que limitan la discrecionalidad; (v) La ilegalidad por ausencia de motivos, e ilegalidad de los motivos invocados, para fundar la potestad discrecional; (vi) El control de los hechos que fundamentan la habilitación normativa para actuar discrecionalmente.

Misma ausencia es apreciable en Jorge Bermúdez, quien en su publicación "*El Control de la Discrecionalidad Administrativa*"¹²⁰, se refiere a los siguientes temas (sin tratar lo que hemos venido cuestionando): (i) potestades regladas y potestades discrecionales; (ii) el Estado

¹¹⁸ SOTO KLOSS. 2012. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. 3era Edición, Santiago, Chile, AbeledoPerrot, LegalPublishing, p. 974.

¹¹⁹ PIERRY, P. 1984. El Control de la Discrecionalidad Administrativa. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8 (1984), Chile. [En línea] Disponible en: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/121>> [Consultado en 24 de octubre de 2016].

¹²⁰ BERMUDEZ SOTO, J. 1996. op. cit., pp. 275 - 284.

moderno y el replanteamiento de las fuentes de las potestades administrativas; (iii) el control de discrecionalidad en su esquema clásico (control de elementos reglados, hechos determinantes, el fin de la potestad y los principios generales del Derecho); (iv) los matices del sistema clásico de control de la discrecionalidad (el error manifiesto de apreciación, la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión, la motivación de los actos); y finalmente (v) los problemas del control judicial.

En un tratamiento más sistemático Rubén Saavedra, en “*Discrecionalidad Administrativa*”¹²¹, luego de tratar las consideraciones generales relativas al tema¹²² y su relación con el control judicial, se refiere en particular a las “*Técnicas de control de la discrecionalidad administrativa*”, las que corresponderían a “*los parámetros o criterios jurídicos de origen constitucional, legal, jurisprudencia o aun doctrinal, utilizados por los tribunales contencioso-administrativos u ordinarios, con la finalidad de revisar que el ejercicio de una potestad discrecional se ajuste a los límites de juridicidad, entendida ésta como un sometimiento pleno al bloque de constitucionalidad*”¹²³.

Como vemos, aun cuando es posible comprender el DIDH como un mecanismo de control en sí mismo -con sus propios principios, máximas, fuentes, órganos e interpretaciones-, no resulta ser tratada como tal. Rubén Saavedra -en la oportunidad- desarrolla como técnicas de control y limitación las siguientes:

- i. El control de los elementos reglados del acto (recurso por exceso de poder).
- ii. Control del fin del acto (desviación de poder).
- iii. Control de los hechos determinantes.
- iv. Control por los principios generales del derecho.
- v. Técnica del balance “*costes-beneficios*”.
- vi. Control por vía de conceptos jurídicos indeterminados.

Con lo anterior podemos apreciar que a nivel nacional –a diferencia de lo que ocurre en la judicatura- no se ha desarrollado un análisis teórico-normativo de la conexión entre los estándares que impone el DIDH y el modo de ejercicio de la discrecionalidad de la administración.

¹²¹ SAAVEDRA, R. 2011. *Discrecionalidad Administrativa*. Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, Chile, p. 249.

¹²² En particular desarrolla concepto, estructura normativa, clases de discrecionalidad, sus fundamentos constitucionales-legal y el tratamiento doctrinario.

¹²³ SAAVEDRA, R. 2011. op. cit., pp. 100-101.

Con todo, si hemos podido observar que el punto comenzó a ser destacado y levantado por el profesor Claudio Nash y la profesora Constanza Núñez, quienes precisamente comentando el ya citado fallo del Tribunal Constitucional, relativo a las potestades discrecionales para visar y expulsar inmigrantes, expresaron:

“Concretando el análisis, el Tribunal Constitucional señaló que en el ejercicio de las potestades discrecionales, el Estado tiene un nuevo estándar: a) no podrá discriminar entre extranjeros, b) deberá tener en cuenta las relaciones familiares, c) deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero y d) deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país.

Nos parece que el enfoque de derechos, como límite a la potestad discrecional, es fundamental para asegurar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes sin discriminación. Que la magistratura constitucional señale como baremo de las decisiones administrativas el DIDH es un avance importante, ya que en un Tribunal Constitucional que no ha admitido el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, reconocer el DIDH como límite a las potestades discrecionales permite dar plena operatividad al bloque de constitucionalidad en Chile”¹²⁴ (subrayado nuestro).

En la misma línea, podríamos encontrar a Pablo Alarcón, quien identificando los límites de la discrecionalidad, sin referirse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos directamente, sostiene lo que podríamos considerar el puntapié inicial para continuar con el tema:

“El principal límite y condicionante al ejercicio del poder por la Administración del Estado, conforme a nuestra Constitución Política, lo constituyen los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Tanto el artículo 1° inciso 4° de la Constitución al indicar que la promoción del bien común por parte del Estado conlleva de suyo que ésta se realice ‘con pleno respeto de a los derechos y garantías que esta Constitución establece’; así como el artículo 5 inciso 2° de la Ley Fundamental, que al hablar del ejercicio de la soberanía, precisamente señala que dicho ejercicio ‘reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la

¹²⁴ NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2012-2013). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales Las sentencias estructurales (N°5): 221-238. Página 231.

naturaleza humana'; nos conforman y reafirman, los principios fundamentales de nuestro derecho público, la estrecha vinculación existente entre los mismos, y la relación que se establece, en nuestro ordenamiento constitucional, entre la persona y el Estado"¹²⁵ (subrayado nuestro).

Finalmente, resultan ser trascendentales las reflexiones que realiza el profesor Luis Cordero, quien nos termina otorgando como punto de partida, varios elementos para la reflexión. Así, en primer lugar nos señala:

“La literatura afirma que el influjo estructural de los derechos fundamentales sobre el Derecho Administrativo tras la Segunda Guerra Mundial ha sido determinante en dos sentidos. En primer lugar, ha subjetivado los títulos de intervención, lo que ha generado limitaciones estructurales al ejercicio de las potestades administrativas. En segundo lugar, ha ampliado las tareas de la Administración, así como ha alterado las reglas clásicas de las relaciones entre la Ley y la Administración. Esto irónicamente supone, como se afirma, que para garantizar diversas modalidades de derechos fundamentales, el Estado requiere establecer reglas mínimas de dignidad y esas, necesitan de la intervención habitual de la Administración, así como recursos para su funcionamiento”¹²⁶ (subrayado nuestro)..

A esto agrega posteriormente:

“En ese contexto, los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de derechos fundamentales, el Derecho Administrativo da respuestas a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación”¹²⁷ (subrayado nuestro).

Lo anterior, redundante no solo en las potestades discrecionales, sino que en el sustrato mismo del Derecho Administrativo:

¹²⁵ ALARCÓN, P. 2009. La Discrecionalidad Administrativa ante la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. En: La Primacía de la Persona- Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss. Universidad de los Andes, Legal Publishing, Santiago, Chile, pp. 771-794. Pág. 793-794.

¹²⁶ CORDERO, L. 2015. op. cit., p. 104.

¹²⁷ CORDERO, L. 2015. op. cit., p. 104.

“Los derechos fundamentales han aportado al Derecho Administrativo una especial sensibilización en relación a las consecuencias de sus actuaciones públicas, lo que ha significado superar la teoría de las formas. Lo anterior ha generado una evolución del concepto de intervención administrativa (desde la intervención imperativa a la intervención preventiva).

Hoy la construcción sistemática del Derecho Administrativo ha recibido un impulso decisivo al utilizar como punto de partida el reconocimiento de los derechos fundamentales como supuestos de su actuación. Lo que se ha derivado en: (a) considerar la proporcionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas; y (b) el reconocimiento de áreas específicas de intervención pública que requieren tratamiento especial (urbanismo, medioambiente, etc.).”¹²⁸ (Énfasis nuestro).

5.2 La doctrina comparada.

A nivel comparado, tan distinta no resulta ser la cuestión. Con todo, sí nos ha sido posible advertir tres artículos que han comenzado a desarrollar la materia de un modo más sistemático y complejo.

Ernesto Jinesta, en su texto *“Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa”*¹²⁹, a propósito de la recepción del control de convencionalidad¹³⁰ por las jurisdicciones locales señala como una de las premisas que nos interesa traer a la vista:

“Como hemos indicado en los casos ‘Almonacid Arellanos c/. Chile y ‘Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú’ la Corte Interamericana señaló que el control recae sobre las ‘leyes’, ‘normas jurídicas internas’ o ‘normas internas’. Consecuentemente, el control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales, vía acción de inconstitucionalidad, de las leyes y de los reglamentos está fuera de toda duda o discusión.

¹²⁸ CORDERO, L. 2015. op. cit., pp. 104 - 105.

¹²⁹ JINESTA, E. loc. cit.

¹³⁰ En términos simples, podemos señalar que el *“Control de Convencionalidad”* ha sido una figura jurídica creada y desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la cual se entiende que los tribunales en particular -y todo poder estatal en general- han de respetar en sus actos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debiendo testear y comprobar si se cumplen sus parámetros. Un estudio acabado de la materia lo podemos encontrar en: NÚÑEZ, C. 2015. Control de Convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile. Premio Tribunal Constitucional 2015, Cuaderno N° 60, Tribunal Constitucional de Chile. [En línea] Disponible en: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados> > [consulta 29 de octubre de 2016].

La cuestión puede surgir frente a los actos sujetos al Derecho público de efectos generales pero no normativos (v. gr. instrucción, circular o directriz), en nuestro criterio, es posible someter tales manifestaciones de los poderes públicos al control de convencionalidad, precisamente, por su eficacia general”¹³¹ (énfasis nuestro).

Con lo anterior, lo que nos está señalando Ernesto Jirón es precisamente que toda manifestación “sujeta a Derecho Público”, de conformidad con el criterio desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentra sujeta al control de convencionalidad.

Esta idea la reitera cuando contempla la posibilidad de un control de convencionalidad de los actos administrativos:

“Tratándose de la impugnación de actos administrativos de eficacia individual, concreta o general, resulta posible que el juez los anule, total o parcialmente, por contrariar el parámetro de convencionalidad, aunque en apariencia sean congruentes con el de legalidad y el de constitucionalidad.

En tal supuesto, el juez debe proceder a declararlos sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico convencional, debiendo tener efectos declarativos y retroactivos al momento de adopción del acto administrativo anulado por ‘inconvenional’”¹³² (subrayado nuestro).

Tal control que debiere realizar el juez, entiende que no solo ha de alcanzar actos normativos, sino que también actos materiales:

“En tal supuesto, el juez contencioso-administrativo debe examinar la conformidad sustancial de la actuación material con el parámetro de convencionalidad. En caso de concluir que lo quebranta, igualmente, deberá declararla absolutamente nula y tomar las medidas necesarias e idóneas para superar cualquier situación jurídica surgida con fundamento en la misma.

Cabe advertir que, incluso, tratándose de actuaciones materiales que, en principio, se presumen legítimas (v. gr. ejecución de un acto administrativo, prestación efectiva de un servicio público o la coacción administrativa directa), es preciso el examen de

¹³¹ JINESTA, E. loc. cit.

¹³² JINESTA, E. loc. cit.

convencionalidad para descartar la infracción del respectivo bloque”¹³³ (subrayado nuestro).

Pero, y en lo que particularmente nos encontramos examinando, concluye que el control de convencionalidad según ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprende particularmente a las potestades discrecionales:

“El parámetro de convencionalidad va a ser particularmente útil cuando se trata de la fiscalización de las potestades discrecionales. Esta afirmación parte de considerar que los derechos humanos constituyen uno de los límites infranqueables de las potestades, competencias y actos discrecionales de los poderes públicos.

Debe tomarse en consideración, entonces, que el bloque de convencionalidad se integra, esencialmente, por los derechos humanos recogidos en las declaraciones y convenciones regionales sobre la materia, así como en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos que han desarrollado y profundizado su contenido esencial.

La Jurisdicción contencioso-administrativa, al enjuiciar las conductas administrativas, debe ejercer un control de los límites de la discrecionalidad como si se tratara de un control de legitimidad en sentido amplio, ya que, los derechos humanos, que destacan como parte integral de tales límites, forman parte del parámetro de legitimidad y de juridicidad de las administraciones públicas, conformado no solo por la ley, la Constitución, sino, también, por los instrumentos del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y los pronunciamientos jurisdiccionales o consultivos que los desarrollan. El control de tales límites de las potestades y competencias discrecionales, amplía notablemente las posibilidades de defensa y protección de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados”¹³⁴ (énfasis nuestro).

A su turno, en mayo de 2013 el autor argentino Enrique M. Alonso, publica “*El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”¹³⁵.

¹³³ JINESTA, E. loc. cit.

¹³⁴ JINESTA, E. loc. cit.

¹³⁵ ALONSO, E. 2013. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130093-alonso_regueira-control_judicial_discrecionalidad_administrativa.htm > [Consultado con fecha 30 de octubre de 2016].

En su razonamiento, y precisamente como motivación para desarrollar el tema, parte señalando que:

“Recientemente la Corte suprema ha expresado que la ‘función primordial’ del Poder Judicial consiste en ‘velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales’.(1) La claridad de esta revelación me ha llevado a efectuarme dos interrogantes sobre el modo en que concebimos el papel del juez en el marco institucional que ha delineado nuestra Constitución: El primero: ¿cuál debe ser el alcance de su potestad a la hora de examinar la actividad desplegada por los órganos políticos, en particular, en el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración pública nacional? El segundo: ¿existen límites convencionales a dicha discrecionalidad? Con la esperanza de encontrar una respuesta a estos interrogantes y someterla a la aguda crítica del lector, expongo un brevísimo marco teórico constitucional dentro del cual estimo conveniente analizar las cuestiones relacionadas con la discrecionalidad administrativa”¹³⁶ (subrayado nuestro).

Para afrontar estas interrogantes, considera que uno de los elementos que va a determinar la respuesta, va por el hecho que el Constituyente argentino ha exigido que los órganos estatales deben actuar *razonablemente* en la regulación de los derechos fundamentales de la persona:

“Por último, no puede soslayarse que el constituyente no sólo ha reconocido ciertos derechos y garantías de las personas, sino que ha exigido que los órganos constituidos efectúen una regulación razonable de los mismos, prohibiendo que, mediante su actuar, ellos puedan ser alterados.(6) Esta garantía de razonabilidad, condiciona la totalidad del obrar estatal, adquiriendo una mayor relevancia en aquellos ámbitos en que dicho actuar es gobernado por la discrecionalidad.(7) Es en este marco conceptual debe ser valorado el alcance de la mentada discrecionalidad administrativa y de su ‘control judicial’”¹³⁷ (énfasis nuestro).

Luego de un examen jurisprudencial, Enrique M. Alonso termina concluyendo que:

“Sin embargo, debe advertirse que el derecho administrativo se ha comenzado a discutir en esferas que exceden el territorio nacional.(31) Un ejemplo de ello, es el

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ ALONSO, E. 2013. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130093-alonso_regueira-control_judicial_discrecionalidad_administrativa.htm [Consultado con fecha 30 de octubre de 2016].

avance que ha efectuado en la última década la Corte IDH sobre los límites de la discrecionalidad y el papel que debe ejercer el Poder Judicial en su control. Su postura puede resumirse, quizás, en una frase: 'la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos'.(32) Por otro lado, la práctica cotidiana, pareciera indicar que, muchos casos en donde se discute la validez del actuar discrecional de la Administración, se pone especial énfasis en la naturaleza del acto cuestionado o de la potestad ejercida, manteniendo un cierto grado de abstracción respecto del principio de división de poderes.

La conjunción de ambas cuestiones otorgan significancia al fallo apuntado al comienzo, ya que éste, al explicitar la función primordial del juez, refuerza la esperanza de que el estudio de cada caso concreto no se limite a cuestiones abstractas y/o teóricas, ni desdibuje la figura de la persona involucrada, posponiendo de tal modo, el examen de los derechos que ella invoca y las circunstancias que intenta probar.

La Justicia, por el contrario, debe efectuar un examen activo, intenso y comprometido, teniendo especial consideración respecto de los parámetros y criterios utilizados por la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁸ (énfasis nuestro).

En una misma línea de estudio, el también argentino Gregorio Flax en su texto "*La sumisión del Derecho Administrativo a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos*"¹³⁹, desarrolla un análisis de la influencia del DIDH en distintas instituciones del derecho administrativo. En ello, parte considerando:

"A partir de la reforma Constitucional de 1994 se produjeron grandes cambios en el ordenamiento jurídico de la República Argentina, y el derecho administrativo no fue la excepción.

No solo se produjeron fuertes transformaciones en el procedimiento administrativo sino que también otros institutos del derecho administrativo, sufrieron variaciones de fondo que el sistema judicial argentino comenzó en una forma incipiente a aplicar atento a la internacionalización del ordenamiento jurídico.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ FLAX, G. La sumisión del Derecho Administrativo a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. *EN: Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo Número 16 Julio-Diciembre. Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 353-382.

Por el art. 75 inc. 22 se incorporan diversos tratados de derechos humanos en las condiciones de su vigencia esto es, en las condiciones que es interpretado por los órganos jurisdiccionales internacionales, a nuestro ordenamiento jurídico

Y es allí donde encontramos la obligatoriedad de los jueces de no apartarse de la doctrina que emana de los Tribunales internacionales de Derechos Humanos¹⁴⁰.

Luego de analizar cómo se ve alterada la comprensión del procedimiento administrativo por los tratados internacionales de DDHH, estudia las “*Limitaciones a la discrecionalidad Estatal*”, en lo que nos dice:

“El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pronuncio en distintas oportunidad sobre la necesidad de poner limitaciones a la actuación discrecional de los Estados condicionando su actuación.

En el antes enunciado caso Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá la CorIDH se manifestó recalcando que aun en materia administrativa la actuación discrecional del Estado tiene límites infranqueables siendo los Derechos Humanos uno de esos límites. Y siguiendo el mismo razonamiento conductor destaco la importancia que tiene la regulación del accionar administrativo a fin de reducir de evitar la invocación del denominado orden público y así evitar la reducción discrecional de los derechos administrativos.

En el punto, termina señalando:

“Si bien, la Comisión admite que los Estados tienen la competencia de ejercer determinadas facultades discrecionales en el ejercicio de algunas de sus decisiones políticas de gobierno –por ejemplo, la designación y remoción de altos funcionarios de política como los Ministros de Despacho-, lo que determinará la Comisión en el presente caso es si, de acuerdo con la Convención Americana, pueden invocarse dichas facultades discrecionales para afectar situaciones que involucran el ejercicio de derechos individuales (...).

Como podemos ver, a través de las sentencias, e informes aquí reseñados, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fijo estándares relativos al establecimiento de normas y pautas para la actuación de las autoridades estatales,

¹⁴⁰ FLAX, G. op. cit., pp. 353-354.

limitando su accionar y la consagración del control que el mismo realiza sobre diversas administraciones”¹⁴¹.

5.3 El impacto de los Derechos Humanos en los 4 elementos de la discrecionalidad.

No nos gustaría dejar pasar la oportunidad de señalar que, aun en términos dogmáticos es posible advertir que el DIDH impactaría en cuatro elementos determinantes que describen a las potestades discrecionales de la administración.

Para lo anterior, siguiendo el trabajo de María Villoslada “*El Control de la Discrecionalidad*”¹⁴², es necesario que reiteremos como primera premisa que:

“la discrecionalidad administrativa no es un elemento extraño ni opuesto al Estado de Derecho, y es a todas luces necesario para que la Administración pueda cumplir con la función de servicio a los intereses generales que se le ha encomendado por mandato constitucional, (...)”¹⁴³.

El DIDH se encuentra lejos de presentarse como un contradictor de estas potestades; su lenguaje no se opone a la discrecionalidad, ni pretende rebatirla. Muy por el contrario, a nivel internacional es posible encontrar un sinnúmero de instrumentos que precisamente reconocen el margen de libertad de los Estados, para que éstos configuren sus actuaciones como mejor lo estimen pertinente.

Pero, no por el hecho de que conceptualmente sean nociones compatibles y capaces de convivir conjuntamente, debemos pensar que la relación está exenta de dificultades. Como pudimos ver del análisis jurisprudencial y teórico antes presentado, el DIDH se ha posicionado como un límite a este margen de libertad, pues aun cuando se reconoce su espacio, no es posible entenderlo como un *poder omnímodo*, correspondiéndole precisamente a los DDHH orientar o guiar su ejercicio.

En nuestro derecho han sido suficientemente rescatados los mecanismos clásicos de control de discrecionalidad, en lo que se ha concluido:

¹⁴¹ FLAX, G. op. cit., pp. 362-363.

¹⁴² VILLOSLADA, M. 2013. El control de la discrecionalidad. Trabajo de fin de grado, dirigido por el Dr. Antonio Fanlo Loras, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Rioja. [En línea] Disponible en: <http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf> [Consulta realizada 30 de octubre de 2016].

¹⁴³ *Ibíd.*

“Estos límites pueden encontrarse en las específicas normas que regulan cada tipo de actuación discrecional, pero también el ejercicio de la discrecionalidad está sometido a límites jurídicos generales. Incluso es habitual toparse con límites que la propia administración se ha impuesto a través del establecimiento de criterios-guía en circulares o instrucciones internas”¹⁴⁴.

Con esta construcción, y aun cuando es complejo realizar una conceptualización de la discrecionalidad administrativa, se han tendido a destacar *cuatro notas básicas de su concepto*¹⁴⁵:

- i. *Implica una valoración por la administración del interés público.*
- ii. *Su ejercicio supone una posibilidad de elección entre una pluralidad de soluciones justas desde la perspectiva del Derecho.*
- iii. *Esa libertad de elección se funda no solo en criterios jurídicos, también extrajurídicos.*
- iv. *Discrecionalidad no es arbitrariedad.*

Lo que nos interesa mostrar en esta oportunidad es precisamente que la racionalidad de los DDHH, tiene algo que decir en cada uno de los pilares de esta figura jurídica.

Así, en primer lugar cuando hablamos que la administración debe valorar el interés público, necesariamente debemos comprender que aquella valoración va determinada por *respetar, promover y garantizar* los DDHH. Tal como ya hemos referido en el capítulo II de esta memoria, es jurídicamente obligatorio para la administración, cumplir con las obligaciones internacionales suscritas por Chile. Los órganos del Estado se encuentran al servicio de la persona humana, y en tal posición jurídica han de no solo respetar los DDHH sino que también garantizarlos y promoverlos. No resultaría posible concebir una medición del interés público, sin sopesar las consecuencias y efectos que tendrá tal decisión sobre los DDHH de las personas, que potencialmente se verán impactadas por la actuación material o jurídica del Estado; más aún si deben *garantizarlos, promoverlos y respetarlos*.

Del mismo modo, cuando entendemos -como segundo elemento del concepto- que la discrecionalidad supone un ejercicio de elección de una entre varias alternativas, todas las cuales en principio resultan ser admisibles para el ordenamiento jurídico, el DIDH también tiene un importante aporte que realizar a la materia: *el test de proporcionalidad*. Como

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Los cuatro elementos que se citan a continuación son extraídos de VILLOSLADA, M. 2013. El control de la discrecionalidad. Trabajo de fin de grado, dirigido por el Dr. Antonio Fanlo Loras, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Rioja. [En línea] Disponible en: <http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf> [Consulta realizada 30 de octubre de 2016].

mecanismo de decisión, cuando potencialmente vulneremos DDHH reconocidos y protegidos por instrumentos nacionales e internacionales con una medida adoptada, se ha desarrollado ya con larga data jurisprudencial el este test, que orienta y ayuda en la adopción de una o más alternativas, promoviendo precisamente la solución más satisfactoria para los DDHH de las personas.

“El principio de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios, ‘expresan un conjunto de *condiciones de racionalidad* que toda medida estatal debe cumplir, y que por tanto, también tienen un nexo con el contenido de la deliberación política’, convirtiéndose en entonces en un límite constitucional a la actuación del legislador, que éste debe respetar. Impone realizar un fino examen, frecuentemente *profundo y sutilísimo*, sobre la relación entre un determinado interés público u otro principio –no solo tutelado sino exigido constitucionalmente- que incidiría en un derecho fundamental y la efectividad este último, y ‘plantea argumentos que obligan a ir *mucho más allá* de la indudable legitimidad constitucional de [aquel]’¹⁴⁶.

Como se ha destacado, el test de proporcionalidad resulta ser una forma de arribar a la solución más óptima y respetuosa de los Derechos Fundamentales, adoptando la decisión que sintetiza de mejor modo todas las exigencias y valores en juego. Para ello, es necesario realizarnos secuencialmente tres preguntas: (i) *necesidad de la medida*, (ii) *adecuación de la medida pretendida (racionalidad de medios y fines)* y (iii) *proporcionalidad estricta (la medida adoptada implique el menor sacrificio de derechos humanos, y la mayor realización del interés público)*.

Con lo anterior, podemos ver que el DIDH influye tanto en la determinación del orden público, como en la ayuda de la decisión más recomendable con el respeto y protección de los DDHH.

Pero no solo ello, también es posible entender que el DIDH atiende al tercer elemento de la conceptualización de la discrecionalidad. Se señala que la decisión no solo va por considerar elementos *de iure*, sino que también va por considerar elementos extrajurídicos *de facto*. Sin ir más lejos, ha sido nuestra propia jurisprudencia la que ha señalado que los tratados internacionales relativos a los DDHH, exigen poner en el centro de atención nuevamente a la persona misma, y considerar sus particularidades y especiales necesidades, que en la situación de facto se encuentran involucradas:

¹⁴⁶ SANCHEZ, R. El principio de proporcionalidad. [En línea] Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>> [Consulta: 30 de octubre de 2016].

“7° Que por otro lado, esta Corte tampoco puede desatender las circunstancias personales y familiares de los amparados, pues de aceptarse decisiones como la objetada ciertamente se transgrede el interés superior de los hijos menores, pues la autoridad conmina la separación del grupo familiar, quienes por largo tiempo han instado por su reunión en un lugar que les ofrece mejores expectativas, infringiéndose los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República pues es deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta, lo que no está proscrito para los extranjeros que quieren avocindarse en Chile”¹⁴⁷ (subrayado nuestro).

Este llamado a volver sobre la persona y considerarla en su integridad, es precisamente considerar también su real situación y no solo su posición jurídica en una determinada situación de hecho. Rescatar la posición de la persona, en su magnitud misma, es parte de la consideración de elementos extrajurídicos a los que pueden llevarnos el ejercicio de las potestades discrecionales. Con ello, también en este elemento podemos ver una participación del DIDH.

Finalmente, en la proscripción de la discriminación como último elemento que determinaría la conceptualización de las facultades discrecionales, también el DIDH tiene importantes aportes que realizar. No solo podemos citar como una contribución instrumentos internacionales especialmente dictados al efecto (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros), sino que también el DIDH junto con la doctrina de los Derechos Fundamentales, ha contribuido la disciplina con el denominado *test de discriminación*:

“La jurisprudencia internacional y la doctrina han coincidido en que no todo trato diferenciado constituye discriminación, y que un trato diferenciado para ser legítimo requiere tener una justificación objetiva y razonable y perseguir un fin legítimo. De este modo, cuando los tribunales de justicia se encuentren ante un potencial caso de discriminación, será preciso que a lo menos se busque determinar que la distinción impugnada es objetiva, razonable y persigue un propósito legítimo. Para esto será

¹⁴⁷ CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala (Penal), causa N° de Ingreso 10425-2014, con fecha 7 de mayo de 2014.

necesario que los tribunales identifiquen previamente: la existencia de un trato diferenciado, cuál es el criterio o categoría para diferenciar y qué se persigue con la distinción. Teniendo estos antecedentes, se requiere que el criterio de la diferenciación sea objetivo, que la distinción sea razonable, que el fin perseguido sea legítimo con arreglo a los tratados internacionales de DDHH y que por supuesto, la medida sea necesaria y conducente para alcanzar dicho fin, esto es, que sea proporcional¹⁴⁸.

En suma, el DIDH resulta ser una rama normativa que contribuye y puede continuar contribuyendo en el ejercicio mismo de las potestades discrecionales, toda vez que como hemos detectado tiene una participación en sus cuatro elementos básicos, pilares de la figura jurídica en estudio. Con esto ya no solo comprendemos dogmáticamente a los DDHH como un mecanismo de control y límite en el ejercicio de la libertad discrecionalidad. Hemos también advertido que su participación también se proyecta en las bases mismas de la institución, orientando su ejercicio desde su columna conceptual.

5.4 Principales fundamentaciones dogmáticas de la discrecionalidad y su compatibilización con el lenguaje del DIDH.

Habiendo llegado a este punto, estamos en condiciones de preguntarnos si, dado el impacto e influencia de los tratados internacionales relativos a los DDHH sobre la discrecionalidad; el fenómeno puede o no devenir en una refundación conceptual, una nueva comprensión de la forma de ejercicio de la potestad administrativa.

En una mirada histórica, este no sería un hecho nuevo para la figura jurídica en estudio. La discrecionalidad administrativa, nace con posterioridad a la revolución francesa, como una respuesta de los funcionarios de la Corona a su nueva sujeción: la ley que nace del parlamento. De este modo, aquellos funcionarios que querían mantener la libertad con la que antaño operaban, dieron inicio a la institución, señalando que en determinados eventos, era

¹⁴⁸ BECERRA, L. y LAGOS, C. 2014. Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos. EN: Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, pp. 127-137. Pág. 135.

necesario que se respetara su decisión, y que la ley misma validara aquel espacio de libertad para decidir¹⁴⁹.

Desde este nacimiento histórico, la discrecionalidad ha tenido distintas justificaciones y explicaciones, que terminan por afectar la forma misma en que la permitimos operar, y en la que hasta ahora la vinculación con el DIDH se ha encontrado ausente.

Para explicar este punto, proponemos seguir a Eva Desdentado¹⁵⁰, quien pasa revista por las principales corrientes¹⁵¹ que explican la figura:

- i. *La discrecionalidad administrativa como fenómeno que surge como consecuencia de la relación entre la actividad administrativa y la ley.*

Esta corriente fundamenta la discrecionalidad como una modalidad de habilitación jurídica para que actúen los funcionarios públicos. Explican que el legislador puede optar por dos mecanismos: (i) señalar de modo íntegro y en todos sus elementos la forma en que se debe actuar; o (ii) dejar a criterio de la autoridad la forma de operar, siendo ella misma quien pondere y decida el curso de acción. Explica la profesora Desdentado:

“Sin duda, la existencia de un momento de elección en la actividad que ha de desarrollar la Administración es uno de los rasgos que se consideran más característicos de la actividad discrecional y creo que no es arriesgado decir que en la actualidad la mayoría de las definiciones de la discrecionalidad administrativa giran en torno al mismo”¹⁵².

Esta fundamentación, que es la forma tradicional de fundar y explicar las potestades discrecionales, -como hemos visto en el epígrafe anterior- la podríamos entender particularmente influenciada por el DIDH. Los tratados internacionales exigen que las actuaciones de la administración respeten, protejan, promuevan y garanticen a los DDHH, por lo que este espacio de libertad se encontraría necesariamente encaminado en aquel objetivo.

¹⁴⁹ MALAGÓN, M. 2005. La revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. [En línea] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706971.pdf> [Consultado el 6 de enero de 2017].

¹⁵⁰ DESDENTADO, E. 1.999. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Pamplona, Aranzadi. Pág. 54 y ss.

¹⁵¹ En adelante, los títulos en cursiva de las principales conceptualizaciones son extraídos de DESDENTADO, E. 1.999. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Pamplona, Aranzadi. Pág. 54 y ss.

¹⁵² DESDENTADO, E. 1.999. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Pamplona, Aranzadi. Pág. 55.

- ii. *La discrecionalidad administrativa como fruto del control judicial de la actividad administrativa.*

Continúa explicando Eva Desdentado que:

“Para otro sector de la doctrina científica el concepto de discrecionalidad administrativa hace referencia al carácter de determinados actos o actividades de la Administración que no son susceptibles de control judicial o que simplemente los tribunales no controlan. De esta forma, una actividad administrativa es discrecional cuando no es objeto de control por los tribunales. Se define, por tanto, la discrecionalidad administrativa de forma negativa, por contraposición a aquello que se controla o que es controlable, y tomando como único elemento característico de la discrecionalidad administrativa el contraste de una actividad desarrollada dentro de un ámbito libre de control judicial”¹⁵³.

Esta fundamentación, terminará cayendo por varias razones. La principal resulta ser que no por el hecho de que exista una ausencia de control, es que nos encontramos ante una potestad discrecional. Así, se le reprocha que es perfectamente posible que el legislador establezca una potestad reglada, que a su vez no sea susceptible de control judicial alguno.

En lo que nos es de interés, esta fundamentación resulta encontrarse en oposición directa a las exigencias y compromisos internacionales relativos a la dignidad humana. Chile se ha comprometido a garantizar un acceso a la jurisdicción que permita precisamente dar protección judicial directa a los DDHH reconocidos por el ordenamiento jurídico, cuando éstos se vean afectados por acciones u omisiones del Estado, no reconociéndose un espacio en que los Tribunales no puedan conocer de una violación, ordenar su cese y debida reparación (en caso de ser procedente).

En lo anterior, resulta ser claro el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 57.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Y, en un mismo sentido, señala el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por lo demás, y como ya hemos visto, no resulta ser una justificación satisfactoria que permita vulnerar los tratados internacionales, el que nos encontremos ante una potestad discrecional. No por contar con potestades discrecionales podemos vulnerar DDHH, y ante el evento que ello ocurra, siempre debe existir la posibilidad de recurrir a Tribunales para el debido resguardo del derecho lesionado.

iii. *La discrecionalidad administrativa como ámbito de independencia de la Administración frente al poder judicial y al poder legislativo.*

Para esta escuela, la discrecionalidad no viene a fundarse más que en una libertad que les reconoce el ordenamiento jurídico a los funcionarios públicos, lo que importa que ellos pueden actuar como lo consideren, y a su vez esa actuación ha de ser respetada por los otros poderes del Estado.

La principal crítica que recibe resulta ser que:

“La discrecionalidad no es nunca el producto del reconocimiento de libertad en el sentido técnico jurídico antes dicho. Precisamente cuando se afirma que la Administración opera como un sujeto dotado de discrecionalidad, y no de libertad, se está haciendo referencia a la existencia de una diferencia extrínseca entre el tipo de actividad que la Administración puede realizar discrecional y el tipo de actividad libre, autónoma, de los particulares. Mientras que los particulares pueden autorregular sus propios intereses en un ámbito de libertad reconocido por el ordenamiento jurídico, los entes públicos tan solo pueden regular los intereses ajenos, de la sociedad, dentro del ámbito otorgado por una ley y a través de una actividad discrecional”¹⁵⁴.

Precisamente, y al igual que la fundamentación anterior, no resulta ser compatible jurídicamente este entendimiento con las exigencias del DIDH. Más allá de si el espacio que se concede a los funcionarios es o no un espacio de genuina *libertad*, el DIDH no habilita a que en este espacio se actúe como se quiera, debiendo siempre protegerse, promoverse y garantizarse los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales suscritos.

Dicho de otro modo, las actuaciones que se realicen no han de vulnerar los compromisos internacionales, con lo que tal libertad no existe. Siempre se han de respetar, promover y garantizar los DDHH.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 60.

- iv. *La discrecionalidad administrativa como núcleo de decisión final delimitado por dos variables: la ley y la actitud de tribunales.*

Explica Eva Desdentado:

“De acuerdo con esta concepción, la discrecionalidad supone una estimación subjetiva de las condiciones de ejercicio de la potestad atribuida a la Administración y un ámbito de decisión final libre, ausente de control, pero este ámbito de libre decisión final no es consecuencia de que exista un ámbito de independencia que corresponda a la Administración, como mantiene Bullinger, sino que, por el contrario, se configura como un último reducto que queda como consecuencia de que los tribunales no han extendido a él su control”¹⁵⁵.

El principal reproche que se realiza a esta fundamentación, es precisamente que solo sabremos cuando estemos ante una potestad discrecional, según la actitud que asuma un tercero, en un momento posterior a su ejercicio: el juez a la hora de realizar el control judicial.

Pero más allá de ello, debemos también advertir que no resulta ser una construcción jurídicamente plausible, toda vez que como se ha venido señalando constantemente por la Corte IDH, el juez cada vez que se encuentra en ejercicio de sus atribuciones, debe preguntarse si los actos alegados se encuentran o no contestes con la Convención Americana sobre DDHH (control de convencionalidad).

Por ello, cada vez que se cuestione una decisión de la administración, ésta siempre deberá ser testada según el respeto por los compromisos internacionales relativos a la dignidad humana, no generándose –en principio- estos espacios en que el juez nada cuestiona a la administración.

Luego, si el juez se encuentra ante el deber jurídico de realizar este examen de convencionalidad en todo evento, en principio nunca estaríamos –para esta explicación- ante una genuina potestad discrecional.

- v. *Propuesta de Eva Desdentado: La discrecionalidad como un modus operandi.*

Para la profesora Eva Desdentado, la comprensión del fenómeno exige que no solo evaluemos su existencia desde la perspectiva del Derecho Administrativo, sino que debemos entenderla más bien desde un concepto superior. Así nos señala:

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 61.

“Efectivamente, la discrecionalidad es un supraconcepto y en cuanto tal nos permite lograr una visión unitaria de un fenómeno sumamente complejo y heterogéneo, dentro del cual la discrecionalidad administrativa no es más que una parte”¹⁵⁶.

De este modo, como *supraconcepto*, opera en más de una rama jurídica, describiendo por tanto un fenómeno que se caracteriza no por estar ante un órgano particular, sino que por su modalidad misma de actuación:

“El supraconcepto de discrecionalidad hace referencia a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos. Se trata, pues, de la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico, realizando una elección entre diferentes alternativas, utilizando para ello criterios valorativos extrajurídicos. La discrecionalidad administrativa es un ‘modus operandi’”¹⁵⁷.

Como ya fue destacado en el epígrafe anterior, nuestra jurisprudencia ha entendido que aun en la consideración de estos elementos extrajurídicos, han de influir los DDHH, debiendo especialmente considerarse la situación específica de los involucrados. Esto por la idea base que ha sido asentada ya en diversos momentos: la discrecionalidad no resulta ser una excusa jurídicamente válida, que permita lesionar la dignidad de las personas.

El DIDH es una rama jurídica con un radical compromiso de concreción, por lo que siempre resultará pertinente que consideremos todos los elementos extrajurídicos que puedan afectar o incluso promover los DDHH. Es por ello, que se ha dado nacimiento a distintos test, tales como el de razonabilidad, proporcionalidad, o, de no discriminación.

En suma, y con independencia de la fundamentación por la que se intente desarrollar y explicar a la discrecionalidad, ninguna de ella logra escapar de las exigencias normativas del DIDH, lo que nos lleva a pensar que una de las preguntas que es necesario resolver es en qué medida la discrecionalidad se aparta conceptualmente de los DDHH.

Desde las exigencias del DIDH, podemos quizás sostener que más bien estamos ante una herramienta más de esta rama jurídica, en que los funcionarios públicos tienen la libertad

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 70.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 71.

para *promover los DDHH* del mejor modo posible en consideración de las circunstancias, avanzando con ello en el efectivo cumplimiento de los pactos internacionales.

CAPÍTULO 6.

ALGUNAS CONCLUSIONES.

Nuestro objetivo consistía en observar cómo las potestades discrecionales de la administración se han visto impactadas por unas nuevas exigencias del derecho moderno, que provienen del desarrollo de los Derechos Humanos.

En particular la pregunta que orientó este análisis fue averiguar *si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha servido para limitar, justificar, controlar y reinterpretar las facultades y potestades discrecionales con las que cuenta la administración.*

Para ello, nos propusimos transitar un camino de 6 interrogantes:

Capítulo 1: ¿alcanza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al espacio de discrecionalidad reconocido a la administración?

Capítulo 2: ¿cuál es la justificación normativa que exige que el DIDH actúe como límite e influencia de las potestades discrecionales?

Capítulo 3: En los hechos, ¿ha empleado nuestra justicia ordinaria los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para configurar el alcance de las potestades discrecionales?

Capítulo 4: ¿ha empleado nuestro Tribunal Constitucional los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para configurar el alcance de las potestades discrecionales?

Capítulo 5: ¿cómo se ha pronunciado nuestra doctrina sobre este fenómeno?

Capítulo 6: ¿en suma, cuál es el estado de la situación en nuestro ordenamiento jurídico?

Ya finalizando este análisis, y encontrándonos pendiente solo abordar esta última, proponemos a continuación algunas ideas que -teniendo como base lo ya tratado-, nos permitirán ver en perspectiva la situación de la discrecionalidad en nuestro sistema jurídico.

6.1 La discrecionalidad administrativa es solo un ejemplo del Impacto sustantivo del DIDH en los ordenamientos jurídicos nacionales.

No podemos obviar que, esta memoria es parte de una investigación superior liderada por el Dr. Claudio Nash Rojas, quien tiene por objetivo estudiar cómo ha sido recepcionado en lo sustantivo el DIDH.

Esto, porque es posible evidenciar que el proceso de asunción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los ordenamientos nacionales, no es una cuestión que ha estado exenta de problemas. Suele destacarse la discusión formal que se ha originado, momento en que se habla de la jerarquía que se debe dar a los Derechos Humanos, modalidades de incorporación (sistema monista versus sistema dualista), entre otras discusiones¹⁵⁸.

Mas, fuera de esta discusión formal, con la recepción de los estándares internacionales también es posible advertir una consecuencia sustantiva, que se traduce en la modificación de diversas prácticas e instituciones que colisionan con las exigencias de esta nueva rama normativa.

Hasta el momento, no nos ha sido posible advertir en nuestro ordenamiento un estudio sistemático de este fenómeno sustantivo. Más bien, tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina lo han entendido y desarrollado de modo implícito, al preguntarse cómo es afectada por el DIDH cada figura en particular. Así, es posible ver cómo ha evolucionado – por ejemplo- la comprensión del debido proceso, los derechos del niño, derechos de indígenas, normas relativas a la discriminación, entre otras materias.

Pero más allá de esta primera observación, en que se constata que no ha existido una comprensión sistemática e íntegra del impacto sustantivo del DIDH, se ha de considerar además que cuando logra irrumpir en los ordenamientos nacionales, ya existen una serie de prácticas, instituciones y normas que se encontraban operativas desde largo período.

Pasa a ser importante entonces saber qué ocurre con esas prácticas e instituciones, ¿debemos entenderlas tácitamente derogadas por la suscripción de una norma sobreviniente incompatible con la anterior?, ¿cuál es el alcance real de las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

¹⁵⁸ Muestra esta discusión NOGUERIA, H. 1993. Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. EN: Revista Chilena de Derecho, N° 20, año 1993, Santiago, Chile, pp. 881-895.

En este escenario se inserta esta investigación, en que analizamos sólo uno de los múltiples fenómenos que se están originando. En ello, pudimos observar que con las exigencias del DIDH si es posible ver una influencia normativa, jurisprudencial y dogmática de las potestades discrecionales con las que cuenta la administración.

6.2 El DIDH constituye un genuino límite a la discrecionalidad.

En términos históricos los DDHH nacen como una respuesta a las falencias nacionales e internacionales en la protección de la persona. Desde la desconfianza que significaba entregar únicamente al Estado el respeto y protección de la dignidad humana, es que se da inicio a lo que hoy constituye una rama jurídica autónoma, con sus propios principios, fuentes, reglas, procedimientos y organismos.

Su objetivo no es solo proteger sino que también promover el cumplimiento de los tratados internacionales que se van suscribiendo en el tiempo por los Estados. Para lograr estos objetivos, se asumió que cuando los Estados se comprometen internacionalmente con los DDHH, limitan todas las facetas de su actuación.

Por esto, la conclusión obvia que se alcanza es que las potestades discrecionales como una más de las manifestaciones del poder soberano del Estado, resultan ser alcanzadas por la necesidad de respetar, promover y garantizar los DDHH. Dicho de otro modo, so pretexto de facultades discrecionales, no puedo justificar una vulneración a los tratados internacionales relativos a la materia.

Sin embargo, sería un error pensar que el DIDH proscribió de nuestro sistema jurídico las potestades discrecionales. Más bien estamos ante un proceso de adecuación de esta institución a las nuevas exigencias normativas.

Con todo, hemos de advertir que el DIDH reconoce las suspensiones y restricciones legítimas como escenarios en que los Estados, se encuentran habilitados como para afectar los derechos de las personas. Mas, cuando el Estado quiera hacer uso de estas herramientas, ha de justificar de modo suficiente su decisión, sus fundamentos, y sus presupuestos de hechos.

En la materia esta carga argumentativa resulta ser un elemento no menor pues, tanto las suspensiones y restricciones legítimas como las potestades discrecionales, usualmente

descansan o van aparejadas de conceptos jurídicos indeterminados, tales como seguridad nacional, interés público, entre otros.

Por ello, es necesario señalar como reserva que, no por el hecho que los actos administrativos se presuman legítimos en nuestro derecho, es que hemos de pensar que se liberan de esta necesidad de justificar las vulneraciones a la dignidad de las personas. Si por medio de estos actos se lesionan DDHH, será necesario cumplir con esta carga argumentativa.

Dicho de otro modo, pesará siempre sobre los Estados la necesidad jurídica de justificar la actuación, cuando en uso de las facultades discrecionales o cualquier otro poder jurídicamente reconocido, pretenda ésta vulnerar o lesionar los derechos más básicos de las personas.

6.3 Necesidad e imperatividad jurídica de respetar, promover y garantizar los DDHH.

De igual modo, no podemos dejar de destacar que cuando exigimos adecuar el ejercicio de la discrecionalidad con los compromisos internacionales relativos a la dignidad humana, no estamos solicitando el cumplimiento de un deber moral, político, ético o de otra entidad. Estamos ante un análisis jurídicamente obligatorio, y no una mera declaración de buenas intenciones.

Como señalamos en el capítulo II de esta memoria, la adecuación de la discrecionalidad con las exigencias que impone el DIDH es un imperativo jurídico, que descansa a los menos en las siguientes consideraciones:

- i. No fue posible advertir ningún tratado internacional que señalare como excepción a su cumplimiento la ejecución de este tipo de potestades;
- ii. Los Tratados Internacionales se deben cumplir de buena fe, lo que exige que el Estado en su integridad se comprometa con el respeto y avance en el cumplimiento de los compromisos internacionales;
- iii. De no observar las exigencias del DIDH, en principio, se incurriría en responsabilidad internacional del Estado;
- iv. Constitucionalmente, se impuso como límite a cualquier tipo de actuación de los órganos del Estado, el respeto por los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*;

- v. Los Tratados Internacionales son genuinas normas jurídica, por lo que de conformidad con el artículo 6 de nuestra Constitución, los órganos del Estado, aun en cumplimiento de potestades privativas como la discrecionalidad, deben cumplir con las exigencias jurídicas que nacen de estas reglas.
- vi. El principio de servicialidad, exige que los funcionarios públicos en sus actuaciones materiales o jurídicas actúen en función de los intereses de las personas, lo que necesariamente se traduce en una actuación respetuosa de sus derechos fundamentales.

Vale además agregar que fuera de esta construcción normativa que necesariamente nos lleva a concluir la necesidad de respetar, proteger y promover los DDHH de las personas; el propio reconocimiento de la dignidad de la persona nos encamina al cumplimiento de tales exigencias. Recordemos que los derechos de las personas no solo son un escudo frente actuaciones abusivas del Estado, sino que también se presentan como una genuina guía u orientación del ejercicio de las potestades públicas.

Lo anterior no es menor, pues estamos ante una necesidad jurídica con un doble fundamento. Luego, al ser un criterio jurídico, y no ético ni político o moral, resultan ser controlables por los Tribunales de Justicia.

6.4 La construcción de reglas jurídicas relativas a la materia por nuestros Tribunales Ordinarios.

Del estudio jurisprudencial logramos advertir una serie de reglas en construcción. Con todo, antes de pasar a ellas, es necesario rescatar algunos elementos del universo jurisprudencial estudiado.

En general, las consecuencias jurídicas que enunció nuestra judicatura ordinaria, son rescatadas de fallos recientes. Aun cuando el período comprendió desde el año 2005, los fallos que desarrollan la materia en términos explícitos y directos comienzan a dictarse mayormente desde el 2010. Esto nos hace pensar que estamos ante una construcción moderna, que será necesario seguir estudiando, para lograr ver la forma en que decanta o recula en su formulación.

De igual modo, no fue posible advertir fallos en sentido contradictorio. Aun cuando nuestras Cortes respetan el espacio de discrecionalidad de la administración, una exigencia mínima

que se rescató de todos los pronunciamientos, resultó ser que a partir de esta potestad, no se pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas. Fueron claros en ello los fallos estudiados.

Con todo, si bien nuestra judicatura controló si la facultad discrecional lesionaba o no los DDHH, no fue posible advertir razonamientos tendientes a controlar si la opción tomada por la administración maximizaba o no los derechos fundamentales de las personas. El análisis no alcanza a llegar a este punto, en que se entiende que es deber de los órganos del Estado no solo respetar, sino que también *promover* la satisfacción de los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*.

Llegando ya al análisis de las reglas desarrolladas por la jurisprudencia, hemos de señalar que estamos ante corroboraciones mínimas, que es perfectamente esperable sigan siendo desarrolladas, o que a su vez den paso a nuevas máximas.

Con todo, estas “corroboraciones mínimas”, las podemos resumir en las siguientes formulaciones:

- i. El DIDH limita las actuaciones discrecionales de la administración, debiendo cumplirse sus estándares.
- ii. Corresponde a los Tribunales de Justicia controlar que la discrecionalidad respete el límite y estándar fijado por el DIDH.
- iii. Aun cuando gocen de discrecionalidad, es un mandato obligatorio para los Órganos de la Administración del Estado respetar los DDHH.
- iv. El DIDH no solo limita la actuación discrecional, sino que también orienta o guía su ejercicio.
- v. La forma de controlar si la discrecionalidad respeta el DIDH, es por medio de los test de razonabilidad y proporcionalidad.

6.5 Los aportes del Tribunal Constitucional a la materia.

Aun cuando este foro de discusión tiene importantes limitaciones que se traducen en una escasa aplicación del DIDH, también ha sido posible apreciar un conjunto de reglas jurídicas en construcción, relativas a la relación entre las potestades discrecionales y las exigencias del DIDH.

El Tribunal Constitucional de consolidar su jurisprudencia puede significar un importante aporte en la materia. Este aporte no solo es desde el razonamiento jurídico mismo, sino que también desde una propuesta de análisis de la situación, tal cual como fue constado en la serie de fallos citados.

Así, el TC invita en primer lugar, a identificar las potestades, para luego calificarlas jurídicamente como discrecionales o regladas. Hecho lo anterior, pasa posteriormente a analizar si su ejecución deviene o no en una inconstitucionalidad. Este *modus operandi* desarrollado por la Magistratura, ayuda a identificar los puntos que es necesario resolver.

Pero el aporte de la Magistratura Constitucional no solo se queda en este método de análisis, sino que también en la enunciación de una serie de reglas, máximas o corroboraciones:

- i. Las potestades discrecionales, por su solo mérito, no resultan ser inconstitucionales;
- ii. La potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política;
- iii. La potestad discrecional desborda la Constitución, entre otras, cuando la disposición legal que concede la facultad, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno;
- iv. EL DIDH constituye un límite a la discrecionalidad administrativa;
- v. Aun cuando estemos ante potestad que descansa en una norma dictada con anterioridad a los compromisos internacionales suscritos, ésta resulta ser limitada por el DIDH;
- vi. La discrecionalidad no puede devenir en arbitrariedad;
- vii. El DIDH no solo permite limitar las facultades discrecionales, sino que también orienta su ejercicio.

6.6 La necesidad de un estudio dogmático.

Como logramos ver, no han existido a nivel nacional análisis teóricos de la relación que existe entre el DIDH y las facultades discrecionales de la Administración. El protagonismo hasta ahora va por la judicatura, que junto con ver la conexión de las materias ha ido más allá, y nos ha permitido establecer lo que denominamos reglas o corroboraciones de la implicancia del DIDH sobre la discrecionalidad.

Con todo, a nivel comparado aun cuando no han existido grandes pronunciamientos, si podemos rescatar que se ha afirmado que:

- i. Las actuaciones discrecionales, sean en su manifestación formal o material, quedan cubiertas por la Convención Americana, debiendo honrar este pacto regional;
- ii. Tal vinculación habilita a impugnar todos aquellos actos de la administración que vulneren los compromisos internacionales;
- iii. Incluso, desde las exigencias del control de convencionalidad, podríamos entender que para el juez resulta obligatorio testear si el ejercicio de la discrecionalidad es conforme, a lo menos, con las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- iv. La razonabilidad con la que ha de actuar la administración en la afectación de derechos, exige que aun en las facultades discrecionales, las afectaciones sean por medio de medidas proporcionales y no discriminatorias;

Finalmente, la fundamentación de la institución y los elementos básicos de su concepto nos llevan a pensar que el DIDH tiene una influencia sustantiva en cada una de las aristas de la figura, lo que nos puede llevar incluso a una refundamentación del concepto.

De este modo, no resultaría tan alejado pensar en la discrecionalidad como una nueva herramienta de los DDHH, que permita a las autoridades ejecutivas, en un espacio de libertad y orientadas por los *test de proporcionalidad, razonabilidad y no discriminación*, adoptar por las soluciones más acordes con el *respeto, protección y promoción* de los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*.

BIBLIOGRAFÍA.

ALARCÓN, P. 2009. La Discrecionalidad Administrativa ante la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. En: La Primacía de la Persona- Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss. Universidad de los Andes, Legal Publishing, Santiago, Chile, pp. 771-794. Pág. 793-794.

ALMONACID ARELLANO con ESTADO DE CHILE. 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia dictada con fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo N° 123.

ALONSO, E. 2013. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130093-alonso_regueira-control_judicial_discrecionalidad_administrativa.htm> [Consultado con fecha 30 de octubre de 2016].

BAENA RICARDO Y OTROS con ESTADO DE PANAMA. 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia dictada con fecha 2 de febrero de 2001, párrafo N° 126.

BECERRA, L. y LAGOS, C. 2014. Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos. EN: Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, pp. 127-137. Pág. 135.

BERMUDEZ SOTO, J. 1996. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVII (17) Valparaíso, Chile: 275-284. Pág. 276.

BREWER-CARÍAS, A. 2007. Notas sobre la discrecionalidad administrativa, y sobre su delimitación y sus límites. [En línea] < <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1,%201,%20953.%20Sobre%20la%20discrecionalidad%20administrativa.%20México.pdf> > [consulta: 21 de agosto de 2016].

CORDERO, L. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Colección Tratados y Manuales. Santiago, Chile, Thomson Reuters p.786.

CORRAL, H. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Segunda edición, Santiago, Chile, Thomson Reuters, p. 475.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 2015. Sentencia de primera instancia, dictada con fecha 20 de octubre de 2015, causa N° de Ingreso 290-2015.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. 2015. Sentencia de primera instancia, dictada con fecha 31 de marzo de 2015, en causa N° de Ingreso 56-2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Sentencia definitiva de primera instancia dictada por la 9na Sala, con fecha 1 de agosto de 2013, causa N° de Ingreso 8.413-2.013.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada por la 9na Sala, con fecha 21 de marzo de 2014, en causa N° de Ingreso 423-2014.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2012. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 13 de febrero de 2012, causa N° de Ingreso 23-2.012.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia dictada con fecha 21 de julio de 2014, causa N° de Ingreso 8828-2013.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2014. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 29 de abril de 2014, causa N° de Ingreso 8-2.014.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2015. Sentencia definitiva de primera instancia, dictada con fecha 15 de mayo de 2015, en causa N° de Ingreso 497-2.015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia definitiva dictada con fecha 15 septiembre de 2005, párr. 107. [En línea] Disponible en: < http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=252 > [Consulta realizada con fecha 1 de noviembre de 2016].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6. Desaparición Forzada. [En línea] Disponible en: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf> > [Consultado el 1 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA. 2013. Sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 3 de septiembre de 2013, causa N° de Ingreso 6366-2013.

CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 30 de octubre de 2014, causa N° de Ingreso 26.492-2.014.

CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por la Segunda Sala (Penal) con fecha 7 de mayo de 2014, causa N° de Ingreso 10.425-2014.

CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por la Segunda Sala (Penal) con fecha 29 de abril de 2014, causa N° de Ingreso 9.081-2014.

CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala Penal, con fecha 12 de junio de 2014, en causa N° de Ingreso 11521-2.014.

CORTE SUPREMA. 2014. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala (Penal), causa N° de Ingreso 10425-2014, con fecha 7 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 15 de julio de 2015, causa N° de Ingreso 8.759-2015.

CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por la Segunda Sala (Penal) con fecha 23 de marzo de 2015, causa N° de Ingreso 3.694-2.015.

CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 21 de enero de 2015, en causa N° de Ingreso 1059-2015.

CORTE SUPREMA. 2015. Sentencia definitiva dictada por la Segunda Sala (Penal), con fecha 19 de febrero de 2015, causa N° de Ingreso 2.309-2.015.

DAVIS, C. El principio de Servicialidad del Estado, y su aplicación en el régimen municipal.

[En línea] <

http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=151884&folderId=198190&name=DLFE-4681.pdf> [Consulta: 25 de septiembre de 2016].

DESDENTADO, E. 1.999. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Pamplona, Aranzadi. Pág. 54 y ss.

FERRER, E. y PELAYO, c. 2013. Artículo 1. Obligación de respetar los Derechos. En: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 42-68. Pág.47.

FLAX, G. La sumisión del Derecho Administrativo a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. EN: Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T-R. 1.992. Curso de derecho administrativo. 5ª edición, Madrid, Civitas, pp. 451-474.

GARCÍA, S. 2002. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CAMACHO, G. 2010. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado. Santiago, Chile, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Tomo IV, pp. 457.

JINESTA, E. Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa. En Revista Peruana de Derecho Público, Año 16, No. 31, julio-diciembre, 2015, pp. 47-90. Pág. 81. [En línea] <<http://www.ernestojinesta.com> > [consulta 11 de septiembre de 2016].

JÁCOME, M. 2015. El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, área de Derecho en su Programa de Maestría en Derecho Mención en Derecho Administrativo. [En línea] Disponible en: < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4262/1/T1530-MDE-Jacome-EI%20control.pdf> > [Consulta realizada 2 de enero de 2017].

MALAGÓN, M. 2005. La revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. [En línea] Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706971.pdf>> [Consultado el 6 de enero de 2017].

MEDINA, F. La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. [En línea] < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf> > [Consulta: 21 de Septiembre de 2016].

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE. Informe EPU Chile 2014-Consejo de Derechos Humanos. [En línea] <http://www.minrel.gov.cl/informe-epu-chile-2014-consejo-de-derechos-humanos/minrel/2013-08-07/164104.html#vtxt_cuerpo_T1> [Consultada: 27 de agosto de 2016].

NACIONES UNIDAS.1965. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. [En línea] Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>> [Consulta realizada 1 de noviembre de 2016].

NASH, C. 2005. La codificación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio? EN: Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, LexisNexis, Tomo ii, pp. 1151-1192, pág. 1183-1184.

NASH, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, p. 13.

NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2015. Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2012-2013). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales Las sentencias estructurales (N°5): 221-238. Página 231.

NASH, C. 2015. La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Apuntes de Clases. Texto base curso optativo “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, primer semestre 2015, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, 141 págs.

NIKKEN, P. 1994. El concepto de Derechos Humanos. En: Cerda R., Nieto R. (coordinadores). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, p. 22.

NOGUEIRA, H. 2003. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, Estudio de Investigaciones Jurídicas, Ciudad Universitaria, México. pp. 409.

NOGUEIRA, H. 2012. El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010. [En línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100007&lng=es&nrm=iso> [consultado 16 de octubre de 2016].

NOGUEIRA, H. 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005. [En línea] Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta 15 de octubre de 2016].

NOGUERIA, H. 1993. Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. EN: Revista Chilena de Derecho, N° 20, año 1993, Santiago, Chile, pp. 881-895. Número 16 Julio-Diciembre. Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 353-382.

NUNEZ, M. 2009. La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [En línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100014&lng=es&nrm=iso> [Consultado 16 de octubre de 2016].

NÚÑEZ, C. 2015. Control de Convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile. Premio Tribunal Constitucional 2015, Cuaderno N° 60, Tribunal Constitucional de Chile. [En línea] Disponible en: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>> [consulta 29 de octubre de 2016].

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. [En línea] Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [Consulta: 1 de noviembre de 2016].

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Estado de Firmas y Ratificaciones. [En línea] < http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-

[32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos firmas.htm#Chile:](#)> [Consulta: 25 de septiembre de 2016].

PIERRY, P. 1984. El Control de la Discrecionalidad Administrativa. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8 (1984), Chile. [En línea] Disponible en: < <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/121>> [Consultado en 24 de octubre de 2016].

PINTO, M. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto.

PONCE DE LEÓN, S. 2014. Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado. En: SOTO, E. (Coordinador). Administración y Derecho, homenaje a los 125 años de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile, Legal Publishing Thomson Reuters, pp. 193-222.

RAMELLA, P. 1993. La Estructura del Estado. San Juan, Argentina, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1993, pág. 35.

ROCHAC HERNÁNDEZ y OTROS con EL SALVADOR. 2014. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia dictada con fecha 14 de octubre de 2014.

RODRÍGUEZ, V. 2.009. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Guía modelo para su lectura y análisis. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, pág. 13.

SAAVEDRA, R. 2011. Discrecionalidad Administrativa. AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago, Chile, p. 249.

SÁNCHEZ MORÓN, M. 1.994. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid, Tecnos, p. 121 a 131.

SANCHEZ, R. El principio de proporcionalidad. [En línea] Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>> [Consulta: 30 de octubre de 2016].

SANTIAGO, A. 2009. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico. [En línea] <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04santiago.pdf>> [consulta: 21 de agosto de 2016], pág. 47.

SCHONSTEINER, J. 2016. El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador. Rev. derecho (Valdivia) [En línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100010&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 16 de octubre de 2016].

SOTO KLOSS. 2012. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. 3era Edición, Santiago, Chile, AbeledoPerrot, LegalPublishing, p. 974.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 2013. Sentencia dictada con fecha 9 de enero de 2013, en causas N° de ingreso 2387-2012 y 2388-2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1.995. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 198-1995, con fecha 4 de enero de 1995.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2011. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de ingreso 1481-2009, con fecha 10 de mayo de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2012. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2026-2011, con fecha 14 de agosto de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2273-2012, con fecha 4 de julio de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de Ingreso 2257-2012, con fecha 10 de septiembre de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Sentencia definitiva, dictada en causa N° de ingreso 2561-2013, con fecha 30 de diciembre de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en autos N° de ingreso 2896-2015, sentencia dictada con fecha 25 de agosto de 2015.

UGARTE, K. 2015. La responsabilidad internacional del estado peruano por violación de obligaciones de protección de derechos humanos: Un estudio sobre las sentencias dictadas contra el Estado del Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su cumplimiento por el Estado Parte. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España. [En línea] Disponible en: < http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22368/krupskaya_ugarte_tesis.pdf?sequence=1> [Consultado el 2 de enero de 2017].

VENTURA, M. 1.996. Función Contenciosa de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: La Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", entró en vigor el 18 de julio de 1978. Revista de Derecho, Valdivia, vol.7, p.103-112. [En línea] http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501996000100007&script=sci_arttext [Consulta: 25 de septiembre de 2.016]

VERDUGO, M., PFEFFER, E. y NOGUEIRA, H. 1997. Derecho Constitucional. Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, tomo I, Sección Segunda, Bases de la Institucionalidad, pág. 112.

VILLOSLADA, M. 2013. El control de la discrecionalidad. Trabajo de fin de grado, dirigido por el Dr. Antonio Fanlo Loras, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de la Rioja. [En línea] Disponible en: <http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf> [Consulta realizada 30 de octubre de 2016].