



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

EL CONCEPTO DE DEFERENCIA EN EL DERECHO PÚBLICO CHILENO:

PERSPECTIVA DESDE EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y

SOCIALES

Autor:

Javier Valdés Torres

Profesor Guía:

Luis Cordero Vega

Santiago, Chile

2017

*“The law when considered as institutions (the courts, with their class theatre
and class procedure),
or as personnel (the judges, the lawyers, the Justices of the Peace) may very
easily assimilated
to those of the ruling class. But all that is entailed in ‘the law’ is not subsumed in
these institutions.*

*The law may be also been as ideology, or as a particular rules of sanctions
which stands
in a definite and active relationship (often a field of conflict) to social norms;
and, finally, it may be seen simply in terms of its own logic, rules and procedures
-that is, simply as law. And is not possible to conceive of any complex society
without law*

E.P. Thompson, ‘Whigs and Hunters: Origin of the Black Act Peregrine Books’

Agradecimientos:

A mis profesores Fernando Atria, Carlos Carmona, Juan Ormeño,

y en especial a Luis Cordero, por todo su apoyo en el proceso.

Y a mi madre, por su inalterable esperanza.

ÍNDICE

Introducción	6
I. Orígenes teóricos de la discusión sobre deferencia.....	9
a. El problema de la relación entre Derecho y Moral.....	10
b. El dogma de la separación de poderes y su relación con el principio democrático.....	15
II. La deferencia como concepto: planteamiento de una definición	22
III. Tipología de la deferencia en el Derecho	38
a. Deferencia a actos políticos.....	39
b. Deferencia a actos legislativos	43
c. La deferencia ante actos administrativos.....	48
1. Orígenes y fundamentos.....	48
2. El control judicial y su relación con la deferencia.....	54
IV. El paradigma de la deferencia en el control judicial de la Administración: Análisis del caso chileno.....	58
a. La discrecionalidad administrativa y su relación con la deferencia	60
1. Definición y fundamentos de la discrecionalidad en materia administrativa.	60

2. Tipos de discrecionalidad administrativa	67
3. El problema del control de la discrecionalidad y su relación con la deferencia.....	74
b. Los distintos tipos de control judicial y su influencia en la deferencia hacia la Administración.	84
1. El control de legalidad de los actos administrativos y su relevancia para la deferencia.....	89
2. El control de aspectos de política: el caso del TDLC	116
3. El recurso de protección y su relación con la deferencia en nuestro sistema jurídico	119
c. El caso de la especialización de los tribunales y su influencia en la deferencia hacia el acto administrativo	124
1. Fundamentos de la especialización	127
2. El grado de especialización y las posturas sobre la deferencia	130
Conclusión	135
Bibliografía	141

INTRODUCCIÓN

El concepto de deferencia en el derecho ha sido, sin lugar a dudas, un lugar común sobre el cual han discurrido tanto opositores como férreos defensores de la judicialización y el control entre poderes públicos. Mas, lo interesante de este concepto es precisamente cómo logra articular los distintos poderes y competencias de una forma que pueda lograr ser tanto democrática como racional.

Sobre estas disputas, y en base a los ya referidos lugares comunes que fundamentan la discusión sobre la deferencia en el Derecho es que este trabajo pretende sostenerse. En ese sentido, ha sido notoriamente marcada esta generación, ya desde la posguerra, y en Chile particularmente desde la dictadura, por la ya clásica noción de activismo judicial y de control y transparencia férrea entre los poderes públicos. Tanto a nivel constitucional como a nivel administrativo, el conflicto sobre “hasta dónde” debe llegar el control, y cuáles son los límites de los distintos poderes públicos, choca al menos en principio con la clásica noción de equilibrio y división de poderes, que ha fundamentado históricamente el Estado Moderno de Derecho.

Por lo ya expuesto, y sobre todo en base a la prácticamente nula discusión y desarrollo que ha tenido en nuestra doctrina este concepto, es que creo necesario exponer de buena forma las distintas nociones que se han tenido sobre el concepto de deferencia, y que dé racionalidad este análisis a los diversos problemas que plantea la división de poderes, y particularmente la justificación y legitimidad democrática que está detrás de los mismos. Porque es en base al principio democrático que, históricamente, la doctrina ha analizado tanto la independencia judicial como nuestra forma de entender la creación de la ley.

Sólo un concepto que pueda dar cuenta de la evidente –aunque muchas veces silenciada- base competencial que tienen los problemas del control jurídico y político entre los distintos poderes públicos, podrá ser útil para efectos de comprender, ya *a posteriori*, los alcances de uno de las nociones más polémicas y elementales de la discusión jurídica de las últimas décadas: la de activismo judicial.

En torno a esta noción de la función judicial es que centraremos nuestro estudio primeramente sobre los fundamentos teóricos de la discusión sobre la deferencia en la teoría del Derecho, para luego analizar las distintas definiciones o nociones que se han planteado por parte de la doctrina jurídica, para finalmente exponer las distintas formas que toma este concepto a la luz de las diversas maneras de entender la relación entre poderes públicos: tanto sea deferencia por

parte del poder judicial al administrativo; del poder judicial al poder netamente político (y sus excepcionales problemas conceptuales); y también la forma de deferencia entre el poder judicial y el poder legislativo. Ya después de ello, intentaremos exponer cómo el control judicial en Chile a la Administración se ha entendido, por los propios tribunales, de una forma que –intentaremos probar- es bastante problemática y poco sistémica. De ahí que analizaremos, por un lado, lo relativo al control de discrecionalidad, como también analizaremos en específico distintos procedimientos que dan cuenta de distintas formas de abordar el problema de la deferencia, el que muchas veces se torna un problema sobre el activismo judicial.

En este sentido, intentaremos probar que sólo en base a una buena definición de lo que se debe comprender como deferencia podemos dar cuenta, finalmente, de un cúmulo de casos, procedimientos y decisiones que mirados de forma aislada nada nos pueden decir. Así, si bien no intentaremos señalar ni exponer la totalidad de casos en nuestro país, nos sostendremos de algunos específicos que nos ayuden a comprender cuál ha sido, en general, la visión de las Cortes y de los principales entes que realizan el “control jurídico” de la Administración sobre el equilibrio de poderes que se juega en cada decisión. Por ello, una comprensión de estos conflictos consciente de la necesaria relación entre el principio de equilibrio de poderes y el principio democrático, será a la postre la encargada de mostrarnos

cómo es que la independencia judicial se juega muchas veces su legitimidad en el encuentro mismo de un concepto de deferencia acorde a las exigencias de su época.

I. ORÍGENES TEÓRICOS DE LA DISCUSIÓN SOBRE DEFERENCIA

Esta primera parte tiene como objetivo central trazar una línea conceptual sobre el problema de la deferencia en el derecho público. Para ello, trataremos inicialmente y a grandes rasgos los puntos más clásicos de la discusión que se dio en el siglo XX en torno a la distinción entre Derecho y Moral y sus consecuencias para la teoría jurídica, en específico para el positivismo jurídico.

Posteriormente, corresponderá analizar al llamado “dogma” de la separación de poderes en el Estado de Derecho moderno y su inestable pero necesaria relación con el principio democrático. Es precisamente en esa relación, y en base a la discusión que se dio desde el positivismo jurídico sobre los

conceptos en el Derecho, que podemos entender más acabadamente de qué hablamos cuando hablamos de deferencia.

a. El problema de la relación entre Derecho y Moral

El primer conflicto a resolver con respecto a los orígenes conceptuales de la idea de deferencia, y sobre el cual siempre se ha relacionado al problema¹, dice relación con el clásico conflicto de los conceptos jurídicos indeterminados y, ya visto de forma abstracta, la relación que tiene la idea de Derecho con la de Moral (o finalmente, la política²). Para ello será necesario exponer esta discusión al menos de una forma concisa que logre mostrar cómo es que esta relación conflictiva es un antecedente de la deferencia como problema, porque, tal como veremos, en lo que redunda la discusión sobre la distinción entre derecho y moral es, al final, una postura política y jurídica sobre cuál es el rol de los jueces y de la interpretación judicial para con el Derecho.

En primer lugar, es necesario acotar que esta discusión y relación conflictiva no se da sino que en el seno de la irrupción del positivismo jurídico y, en ciertos términos, en el nacimiento del Derecho Moderno. Esto es debido a que en el juez

¹ Para ello, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 1998. Impreso, pp.53-66 y 126-134

² Sobre esto, el propio Norberto Bobbio ha sido ya a finales del siglo XX uno de los mejores exponentes desde la teoría del derecho entre la relación de éste con la política y la ética. Su libro paradigmático en este sentido es “Ética y Política”: BOBBIO, Norberto. *Ética e política*, Micromega, núm. 4, 1986. Impreso.

pre-moderno, tal como se desprende del propio Detmold³, no había una distinción marcada entre Derecho y Política o su propia Moral, por cuanto estos conceptos eran unitarios en su función. Su función, al “pronunciar el Derecho”, no era sólo ser “*la boca que pronuncia las palabras de la Ley*”⁴, sino que también implicaba una evidente función creativa del Derecho, por cuanto su labor era vista como una suerte de “búsqueda de la racionalidad del mundo”⁵. Así, la función del juez moderno, y precisamente lo que lo hace ser moderno, separa (en un llamado “vacío de particularidad”) la función creativa de leyes –encomendada necesariamente a otro órgano creado especialmente para ello, el Congreso en nuestro caso-, de la función “jurisdiccional”, que se limita entonces sólo a interpretar y aplicar el Derecho vigente. Y es esa separación, precisamente, la que con el positivismo jurídico se vuelve problemática, aunque eficiente.

Lo último se explica en la medida en que fue el mismo positivismo jurídico el que no pudo sostener esa suerte de “ficción” que sumía al Derecho en una innegable falta de sentido, por cuanto al llevar al extremo el argumento de que el juez sólo puede “pronunciar el Derecho”, se llega a entender la innegable irracionalidad que sumiría, por ejemplo, a un inocente en un castigo que no

³ DETMOLD. J. *Law as practical reason*. Cambridge Law Journal, 48(3), Traducción de J M Simián, 1989. Print. pp. 3-16

⁴ MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995. Impreso., párrafo 112.1

⁵ En este sentido es que Detmold señala que “*Abora bien, los tres primeros de estos tipos de procesos determinantes-de-ley son procesos de razón en el sentido de que la razón es intrínseca a ellos; y contrastan con el cuarto tipo legislativo, que es un proceso de voluntad que no tiene razón intrínseca a él. Este punto es explicado mejor si se mira primero al cuarto tipo [relativo a la creación de leyes]*” en DETMOLD (1989), p. 5

cometió si se aplica la Ley en su sentido literal⁶, lo que iría entonces en contra del mismo “espíritu de la Ley”⁷. Por ello, y ya en la discusión sobre este problema en explícito, se hizo necesario explicar algo que parecía obvio: que no todo concepto jurídico es un concepto absolutamente determinado por el derecho vigente. Así, Hart, en el capítulo VII⁸ de su *Concepto de Derecho*, emprende la tarea de darle una explicación filosófica, basada en la filosofía del lenguaje⁹, a los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, señalando que todo lenguaje pasa por esferas de determinación de las que, fuera de las mismas, habría una “textura abierta” sobre la cual no cabe sino más que la creación de quien interpreta.

Sobre esto es que la discusión sobre los conceptos jurídicos indeterminados parece esencial por cuanto fundamentaría¹⁰ una suerte de “discrecionalidad” por parte de los jueces para con su interpretación del Derecho, que daría sin duda pie para la introducción de la política y la moral a la interpretación jurídica, lo que afectaría sin duda la posibilidad de control –por parte de los jueces- de dichos

⁶ Véase, por ejemplo, el ya clásico caso del barbero de Bologna, que expone Pufendorf, y según el cual una antigua ley en Bologna prohibía derramar sangre en la calle, con una consecuente pena muy severa, la que fue invocada en un juicio contra el barbero que había salvado la vida de un cliente salvándole la vida en la calle. En PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octium*, traducción de C H O y W A Oldfather. Oxford: Clarendon Press, 1934. Impreso, pp. 802-803

⁷ En este sentido es que el propio Savigni definía el motivo de la ley como “*En este punto se presenta en primera línea el motivo de la ley (ratio legis). Esta palabra tiene dos sentidos diferentes, según que se aplica al pasado o al porvenir: así, pues, designa: 1. la regla superior de derecho, de la cual es la ley deducción y consecuencia; 2. el efecto que la ley está llamada a producir, es decir, el fin, la intención de la ley. Sería gran error establecer oposición absoluta entre estos dos sentidos; debe, por el contrario, admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador.*” En VON SAVIGNI. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid: F Góngora y Compañía, 1878. Impreso, § XXXIV.-Motivo de la ley.

⁸ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1992. Impreso, pp. 155-191

⁹ En este sentido, el propio Detmold hace explícita la influencia wittgensteiniana en la discusión sobre el lenguaje jurídico y precisamente en lo relativo al problema del vacío de particularidad (sobre el que el problema de la textura abierta es precisamente el punto). DETMOLD (1989), p. 23

¹⁰ Para algunos, como Hart, que considera que en esa indeterminación no hay más que discrecionalidad, lo que implica la posibilidad absoluta del intérprete de aplicar su propia moral o política. En ese espacio, Hart tendría el mismo problema que las dos posiciones a las que critica: el escéptico y el formalista.

conceptos, o más bien los obligaría a fallar de acuerdo a su propia moral. Sin embargo, y basados precisamente en esta posibilidad que arrojan los conceptos indeterminados, cabe entender el aporte que Ronald Dworkin hizo a la teoría del derecho, al apuntar a la distinción esencial entre *discrecionalidad en sentido fuerte* y *discrecionalidad en sentido débil*¹¹.

Las consecuencias de la teoría de Dworkin para el problema de la función del juez –especialmente cuando choca con otros poderes- son evidentes. En presencia de “conceptos jurídicos indeterminados”, de “casos difíciles”, o en último caso cuando la misma ley asigna “discrecionalidad” en la competencia que establece, lo que hay no es sino la llamada *discrecionalidad en sentido débil*, que implica, a grandes rasgos, que no puede haber absoluta libertad de elección por parte del intérprete de la regla, sino que necesariamente ésta libertad está sujeta a otro tipo de normas, no precisamente reglas, que funcionan ya no de manera binaria, sino que de manera informativa y sobre las cuales se puede elegir sin necesariamente salirse del Derecho. A este tipo de normas Dworkin las llama “principios”, y es la forma de salvar la distinción entre Derecho y Moral, que reorienta la función judicial claramente en torno a excluir el activismo judicial, y hacer, finalmente, que los jueces no sean más que jueces.

¹¹ DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Impreso, pp. 83-94

Sobre esta base es que el concepto de deferencia entra en juego. Tal como lo conceptualizaremos más adelante, si entendemos que al menos en principio este concepto puede ser entendido como una forma de “interrumpir” o “abstenerse” del control jurídico, lo que debemos comprender es que ese control, que luego sistematizaremos en el control judicial propiamente tal, sobre todo en lo referido a competencias “discrecionales” o cuando entran en juego “conceptos indeterminados”¹², no es un control que implica necesariamente la substitución de la decisión por otra, ya del órgano que controla. En ese sentido, ese control no es un control –en tales casos- en el que inevitablemente irrumpa la política o la moral de quien controla, sino que al ser un control jurídico debe ser un control basado no sólo en las reglas que contempla el ordenamiento, sino también en principios y normas de otra índole que fundamenten la decisión. Sin embargo, es el riesgo de justamente sobrepasar esa línea –del derecho a la moral- lo que hace de la deferencia un concepto digno de ser tratado.

¹² En este sentido, el propio García de Enterría, citando a Wolff, Bachof y Stober, afirma “*La interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica*”. En WOLFF, BACHOF STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, p. 363, citado en GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), p. 137. Ello se verá, *in extensus*, más adelante sobre justamente el control de la discrecionalidad administrativa.

b. El dogma de la separación de poderes y su relación con el principio democrático

Otro conflicto conceptual, a todas luces relacionado con el anterior, es el que dice relación con el principio de legitimación democrática (o en términos simples, el principio democrático) y su relación, muchas veces conflictiva, con el dogma de la separación de poderes. Como veremos, entender por qué es un dogma, y cuáles son las consecuencias tanto de este dogma como del principio de equilibrio de poderes para una justificación democrática de nuestras instituciones es sin duda central para resolver el origen conceptual del concepto de deferencia en el derecho.

En primer lugar, para hacernos cargo de este conflicto es necesario definir el origen de la idea de separación de poderes. De nuevo, para ello nos remitimos a Montesquieu, quien en *El Espíritu de las Leyes* liga irremediabilmente la separación de poderes en un estado de derecho a la búsqueda de la libertad del hombre¹³. Y esta relación claramente no es aleatoria. Ya en la búsqueda de un concepto de derecho que lleve a los ciudadanos a definir sus propias reglas (las que deben ser aplicadas interpretando precisamente esa *voluntad general*), va

¹³ En ese sentido, Montesquieu afirma: “En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer” en MONTESQUIEU (1995)., parágrafo 204

implícita la función de este concepto como una idea que garantice la libertad del ciudadano¹⁴. Asimismo, y en ese sentido, la clásica idea de que el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo estén competencialmente separados implica también una solución al conflicto por el poder mismo: *“Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”*¹⁵. Esto, ya que sólo entre dichos poderes y asegurada su separación es posible controlarse y limitarse los unos a los otros.

Digo “dogma” porque ha sido evidente la funcionalidad que ha tenido este principio a lo largo del constitucionalismo moderno, asegurándose prácticamente en todas las constituciones de la Modernidad¹⁶. Ahora bien, este dogma implica, a su vez, un principio de equilibrio: el poder estatal no puede asegurar la libertad sino es precisamente en base a un equilibrio entre sus distintas formas, entre los distintos órganos que lo ejercen¹⁷. Ya en la idea de Montesquieu de que *“si el monarca participara en la legislación en virtud de su facultad de estatuir, tampoco habría libertad”*¹⁸, va implícita la noción de un cierto equilibrio que

¹⁴ De ello trataremos más adelante en función de la introducción del principio democrático en esta gama conceptual. El mismo Montesquieu se refiere a este punto en MONTESQUIEU (1995). p. 48 y ss.

¹⁵ Ibídem, parágrafo 205.

¹⁶ FUENTES, Claudia. *Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder*. Revista de Ciencia Política de Universidad Diego Portales, v. 31, N° 1, 2011. Impreso, pp.48-49

¹⁷ Por ello es que se ha afirmado: *“Allende la formulación aristocrática de su doctrina del equilibrio de los poderes sociales y de la cooperación de los poderes políticos, Montesquieu propuso que el principio que afirma la condición de respeto de las leyes y de la seguridad de los ciudadanos es que no haya ningún poder ilimitado”*, en ARON, Raymond. *Las Etapas del Pensamiento Sociológico*. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1985, p. 49, [citado en FUENTES (2001), p. 49]

¹⁸ MONTESQUIEU, Op. Cit. L. XI, c. VI, donde se lee también la nota del propio Montesquieu: *«Llamo facultad de estatuir, la de mandar por si mismo, ó de corregir lo mandado por otros»*.

contraste los poderes, los cuales deben *abstenerse* de influir o tomarse las atribuciones que les competen a los otros, y a la vez implica el necesario control entre los mismos.

Ahora bien, ya absolutamente difundido el principio democrático –no así para la época de Montesquieu-, se hace necesario entender la separación de poderes y su necesario equilibrio desde la perspectiva de un Estado de Derecho Democrático. Diremos, a partir del principio democrático, que es la voluntad del pueblo la que decide sus propias leyes. En ese sentido, implica una necesaria libertad para el ciudadano, el que se asegura de ser gobernado por las mismas leyes que son expresión de su voluntad¹⁹. El problema de la legitimación democrática de nuestras instituciones va intrínsecamente ligado, sobre todo, a dos de los tres poderes que clásicamente encontramos en nuestras Constituciones: al Poder Ejecutivo, y al Poder Judicial. Ello, porque pese a la baja legitimación social y a un sistema de elecciones problemático, el único Poder que es elegido directamente es el Poder Legislativo.

A este respecto, cabe entender cómo opera este principio de legitimación para estos distintos poderes. Ello será esencial para comprender las críticas tanto

¹⁹ MONTESQUIEU, Op. Cit, L. II, c. I: Allí se afirma que «el pueblo en cuerpo tiene el poder soberano». En el mismo sentido nuestro propio Código Civil expresa en su definición o concepción de Ley esta idea histórica de auto-gobierno en su artículo 1º “*La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.*”, en la cual, entonces, siendo una república en que el pueblo es el soberano –cuestión debatida constitucionalmente-, es éste mismo el que se da sus propias leyes.

al activismo judicial, por un lado, como a la deferencia en casos extremos, como por ejemplo en actos políticos²⁰. Y para ello, parece necesario comprender la conceptualización que de este principio hace Böckenförde, el cual destaca las formas de legitimación que tiene tanto el poder judicial como el poder ejecutivo. Esta legitimación, explica, puede ser tanto material como orgánico-funcional. La diferencia entre estas distintas formas, así como la distinción que se hace dentro de la misma legitimación material es la que justifica el contraste entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Por un lado, la exigencia de legitimación orgánico-funcional implica que *“los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo”*²¹. Ello implica, por ejemplo, tal como apunta Atria, que las instituciones estatales llamadas “autónomas” (como Contraloría, el Banco Central, o también agencias tales como la Superintendencia de Valores y Seguros –que además tienen supervigilancia de un ministerio, como veremos detalladamente) encuentren su legitimidad finalmente en la estructura sobre la cual recaen, que remiten finalmente a la designación que hace el Presidente de la República, quien sí está legitimado directamente por el pueblo (al ser votado su

²⁰ De ello se tratará en extenso en el capítulo III de esta investigación.

²¹ BÖCKENFÖRDE, E. W. *La democracia como principio constitucional. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. Impreso, p. 58.

cargo en elección universal)²², en tanto el nombramiento de sus autoridades corresponde a una cuestión política.

Por otro lado, la legitimación material de las instituciones, como segunda exigencia del principio democrático, la explica Böckenförde en principio porque la legitimación orgánico-funcional no es suficiente para resguardar el principio democrático, por lo que se hace necesaria una legitimidad “de fondo”, que implique interpretar la acción misma del Estado como una acción que remita a la voluntad del pueblo, y la cual adopta dos formas: *“Por un lado mediante la atribución de la legislación al Parlamento como el órgano de la representación del pueblo, legitimado mediante una elección directa, y la vinculación de todos los órganos del Estado a las leyes establecidas de este modo; y por el otro mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas”*.

Así las cosas, parece relevante para efectos de la presente investigación comprender cómo operan estas distintas formas que adopta la legitimación material, por cuanto dejan en evidencia los principales argumentos que se han dado en doctrina tanto en contra y a favor del activismo judicial, de la “judicialización” de las decisiones administrativas –o legislativas-, y de sus

²² ATRIA, Fernando. *La Potestad jurisdiccional y la potestad administrativa en general y la sancionatoria en particular*, (Inédito) p. 4

cuestionamientos a la legitimidad de las mismas²³. En este sentido, una visión precisamente como la que expone Atria, intenta demostrar cómo es que la propia legitimación material de “sujeción a la Ley”, es propia precisamente de los jueces, y es el único criterio de legitimación que tiene su potestad, y a su vez el límite que tienen los mismos para operar y ajustar sus decisiones; el activismo judicial, en ese caso, va de la mano con romper ese límite de legitimación, abarcando decisiones y asuntos más allá de su competencia, los que logran precisamente poner en jaque la estructura y ordenación que históricamente ha tenido el poder judicial y, esencialmente, su independencia²⁴.

El activismo así entendido por este autor no es sino la forma que tienen los jueces de actuar como “comisarios”, que es justamente la otra fórmula de legitimación material, ya esencialmente referida a la Administración del Estado, que se ordena por “cadenas de responsabilidad”. Dado que precisamente no está estructurado el Poder Judicial para responder de tal forma, es decir, para que sus jueces o funcionarios respondan “hacia arriba”, por cuanto no existe tal forma de que las instancias superiores respondan por los errores u omisiones de los inferiores –como sí ocurre en la cadena de mando de la Administración-, lo que

²³ Para ello, es necesario comprender cómo el mismo García de Enterría intenta defender su visión judicialista defendiendo la legitimidad democrática que tendría la decisión judicial, así como criticando la mera decisión gubernamental que, sin control, se expondría al autoritarismo. Véase GARCÍA de ENTERRÍA (1998), pp. 159-163

²⁴ Véase, por ejemplo, el problema de la necesaria consecuencia de un “poder nulo” del Poder Judicial, que se manifiesta entonces en los reparos constantes a su propia independencia cuando este poder pasa a ser activista. En "La Improbabilidad de la jurisdicción", en ATRIA, Fernando, *Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como poder nulo*. Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004. Impreso, pp. 139-140

existe entonces es una estructura absolutamente basada en la forma de legitimación democrática de sujeción a la Ley.

Esta última cuestión no es baladí. En un Estado democrático como el actual, afirmar la judicialización –y con ello, el activismo judicial, para algunos-, implica en cierta medida poner en juego los límites del control que tiene el Poder Judicial para con los otros Poderes²⁵. Ello quiere decir que allí donde hay jueces que no sólo adjudican (legitimidad material en su segunda forma), sino que también buscan responder a intereses todos y avanzar para con los mismos (primera forma de legitimación material), hay también un problema de fondo: si su estructura no está diseñada para ello, es necesario cambiarla. Esto último cuestiona precisamente la base por donde empezamos este análisis: la independencia y separación de poderes públicos. En la medida en que un Poder se aleja de lo que su estructura legítimamente está diseñada para hacer, se asemeja precisamente a otro Poder, arrogándose responsabilidades de éste, y finalmente dando pie para que precisamente esa estructura deba ser –para algunos- reformada.

Este trabajo pretende responder precisamente a esas objeciones, ya conocidas, que proponen desde observatorios judiciales a una completa reforma al

²⁵ En esto hay que hacer hincapié en que no sólo es el poder judicial el que llega a tener este conflicto, sino que cualquier organismo dentro de nuestro Estado (tal como puede ser el Tribunal Constitucional o la Contraloría General de la República), que tenga como base su independencia con respecto a los demás poderes en relación al control que ejercen, y que pongan en juego –muchas veces en conflictos de orden social o político- su propia competencia.

Poder Judicial²⁶. Y comprender entonces la idea de equilibrio de poderes que fundamenta la deferencia en el derecho es esencial. Si lo que los jueces están haciendo en materia de derechos –no sólo adjudicándolos, si no también buscando su consecución y afirmación-, traspasa sus esferas de legitimidad, es porque no sólo hay una Administración o una Legislación deficiente sobre la materia, que no comprenden decididamente sus funciones, sino que también porque los propios jueces valoran su función de una forma distinta a la que su estructura está destinada a lograr. Comprender, entonces, cuándo deben abstenerse, y hasta qué punto, y en ese sentido comprender no sólo de paso la deferencia judicial, sino también con ello el activismo judicial imperante en estos días, parece esencial. Una decidida postura que defienda la independencia judicial frente a los detractores de la misma, debe saber comprender la función judicial de tal manera que pueda definir sus límites.

II. LA DEFERENCIA COMO CONCEPTO: PLANTEAMIENTO DE UNA DEFINICIÓN

²⁶ Véase, por ejemplo, la prensa en tiempos del gobierno de Sebastián Piñera (donde se propuso esta medida): “Observatorio Judicial: El fondo de una cuestionada propuesta”, Radio Universidad de Chile, disponible en línea en: <http://radio.uchile.cl/2013/11/09/observatorio-judicial-el-fondo-de-una-cuestionada-propuesta>

Es necesario ahora plantear a grandes rasgos qué entenderemos por deferencia en esta investigación. Si bien parece evidente que ya se ha dado luces de un concepto al respecto, es necesario evitar cualquier posibilidad de errores al respecto y, sobre todo, proponer una definición acorde a los problemas que hemos planteado y que se plantearan. Ello es esencial principalmente porque en nuestro país escasea el desarrollo de este concepto, señalándose sólo con respecto a ciertos temas y sin ningún desarrollo doctrinal consistente²⁷.

Para esta empresa, primero debemos comprender cómo se entiende este concepto en nuestra lengua común. Nuestra Real Academia Española de la Lengua ha definido “deferencia” como “*Adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación*”²⁸, lo que ya explícitamente refiere a la noción que ya se ha planteado anteriormente sobre lo que comúnmente se entiende en torno a este concepto. El problema, ahora, será plantear una definición “doctrinal” de deferencia, que haga caso omiso de la definición ya dada anteriormente, que podríamos llamar, siguiendo a Paul Daly, una visión “epistémica” de deferencia²⁹.

²⁷ Como veremos más adelante, los pocos autores que han tratado este concepto se han referido en general al problema de la deferencia a actos legislativos y a actos políticos. Sobre ellos trataremos más adelante, pero en lo esencial cabe comprender también porqué ha habido tan poco desarrollo al respecto. Creemos, como se afirmará más adelante, que éste es un problema no sólo consecuencia del pobre desarrollo de la doctrina sobre derecho público chilena, y en particular la doctrina administrativista, sino también un problema estructural del derecho público chileno.

²⁸ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, 22a Edición, Edición en línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=deferencia>

²⁹ DALY, Paul. *A Theory of Deference in Administrative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Print., pp. 7-8

Esta distinción es absolutamente relevante. Esto, porque lo que podemos comprender como “deferencia epistémica”, no es más que una mera noción de respeto a la decisión de otro. Es una forma popular de entender la función judicial. Brian Foley explica a ésta noción básica de deferencia señalando “[que] *reducida a su forma más básica, la pregunta por la deferencia concierne al peso que deben darle las Cortes a las decisiones de instituciones no jurisdiccionales*”³⁰. Bien explicado aquí por Daly, la noción esencial es que deferencia implica darle respeto a la decisión de otro por el peso que tiene esa decisión.

Por otro lado, tal como ya hemos referido, Daly distingue de la simple visión “epistémica” otra forma de deferencia: la deferencia doctrinal. A ésta se le añade algo absolutamente relevante para efectos de nuestro análisis: si en la epistémica lo que se debe es respeto, ese respeto no implica necesariamente asignación de autoridad a la otra decisión. Es ese reconocimiento de la autoridad del otro, y de su obligatoriedad, el que hace que la deferencia sea doctrinal: “*En vez de simplemente dar respeto a la decisión del otro, se podría asignar autoridad a otro para hacer su decisión vinculante. Dicha autoridad no necesita ser absoluta: su ejercicio puede estar sujeto a limitaciones de, para tomar un ejemplo, razonabilidad. Estas decisiones serán vinculantes, digamos, en la medida en que sean razonables. Doy la categoría de deferencia doctrinal a esta noción*”³¹.

³⁰ FOLEY, Brian. *Deference and the Presumption of Constitutionality*. Dublin: Institute of Public Administration, 2008. Print, p. 256. [citado en DALY (2012), p. 7]. Traducción propia.

³¹ DALY (2012), p. 8

Me parece relevante esta distinción porque en nuestro país, principalmente, tenemos una absoluta falta de desarrollo sobre este problema. Las Cortes o los organismos con potestad jurisdiccional, como el Tribunal Constitucional, no comprenden esta distinción, y no hacen sino usar el concepto –tácita o explícitamente- más que de una forma inconsciente. En general, comprobaremos que el uso de este concepto es un uso “epistémico”, lo que genera un grave problema para comprender la noción competencial de la deferencia en el Derecho.

Esta noción, ya en parte contenida en la idea de “deferencia doctrinal” (que implica precisamente un elemento de obligatoriedad y vinculación de la decisión, por lo que es estrictamente jurídica), debemos comprenderla más a fondo a la luz de otro concepto que Daly aporta a la discusión: el concepto de “deferencia curial”. Si bien podría ser entendida como “deferencia judicial” o meramente “deferencia”, Daly sostiene que el uso del adjetivo “curial” implica aclarar los términos de la propia discusión, por cuanto la *Curia* no sólo refiere a las Cortes en un sentido jurídico, que es un concepto posterior, sino que primariamente refería a un cuerpo de sabios consejeros. El término “deferencia curial” implica para Daly, y lo tomaremos de esa forma, el dar respeto –o autoridad- a la decisión de otro con base a su competencia³².

La idea es relevante porque identifica certeramente cómo un concepto curial de deferencia elimina la posibilidad de entender a esta misma como “sumisión al

³² *Ibidem*, p. 9.

otro”, en favor de una deferencia por “respeto al otro” (específicamente a las razones que tiene el otro para su decisión, en razón de su competencia). Es relevante esta distinción porque evita la crítica que cierta parte de la doctrina³³ podría hacer en torno a que una teoría a favor de la deferencia judicial implica, finalmente, una falta de control a las decisiones de los otros órganos. Esto último es evitado, y más bien refutado, con la idea de que la deferencia curial no implica sumisión sino que respeto. En términos de un autor norteamericano, citado por Daly: *“Deferencia como sumisión ocurre cuando las cortes tratan una decisión o un asunto de ésta como no-judiciable, y se niegan a entrar a revisarlo porque lo consideran más allá de su competencia. Deferencia como respeto ocurre cuando las cortes le dan algún peso a la decisión de otro órgano por una razón bien expresada, como parte de su examen general de la justificación de esa decisión”*³⁴.

Lo anterior, como ya hemos señalado, implica rechazar de antemano una definición de nuestro concepto que implique la absoluta no-justiciabilidad, o “sumisión”, por parte del órgano de control al que toma la decisión. Esta cuestión no es baladí, porque precisamente define el rango de lo que más adelante debemos analizar en torno a ciertos casos “límite” sobre los cuales históricamente se ha trabajado en torno a este concepto: el problema del control de las Leyes, y el problema del control de actos políticos.

³³ Podríamos decir que incluso que el propio García de Enterría la entiende de esta forma. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2012) 204-210.

³⁴ HUNT, Murray. *Sovereignty's Blight*, en Nicholas Bamforth and Peter Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Oxford: Hart, 2003. Print, pp. 346-347 [citado en DALY (2012), p. 10]

A este respecto, y siguiendo con el análisis de nuestro concepto, cabe entender que lo que diferencia a este concepto de un concepto cualquiera de deferencia es el hecho de que respetar la competencia del otro órgano implica necesariamente respetar finalmente las razones sobre las cuales recayó esa decisión que se respeta. Ello quiere decir que hay dos elementos esenciales a esta noción sobre deferencia que planteamos en esta investigación, y que dan luces sobre las distintas definiciones que se han dado tanto en nuestra doctrina como en la doctrina española³⁵. Estos elementos son la idea de competencia, y la idea de razonabilidad de la decisión.

La idea de competencia, por un lado, se ha definido como *“el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo. Coincide la doctrina que la competencia en principio es improrrogable. Hay quienes piensan que la competencia debe surgir de norma legal expresa, quienes consideran que puede surgir expresa o implícitamente de una norma legal y quienes consideran que surge en forma implícita del objeto o fin mismo del órgano; a esto último, algunos autores lo llaman principio de especialidad”*³⁶. Ella es esencial, por tanto, para entender cuando un Poder o un órgano –especificado subjetivamente ese poder- puede ser entendido como “autoridad válida” para decidir un caso. En ese sentido, la competencia es la base (en cierto sentido) subjetiva sobre la que se define la deferencia³⁷.

³⁵ Las cuales se señalarán en esta investigación, en relación a los distintos tipos de deferencia que encontramos.

³⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2000. Impreso, VIII-33

³⁷ Se hace hincapié que es “en cierto sentido” por cuanto entendemos que existe no sólo una competencia en forma subjetiva sino también en forma objetiva. Lo relevante aquí no es si la competencia es de ese tipo, sino que el órgano *es competente o no*, y por tanto éste debe ser el criterio que define *a priori* el problema de la deferencia: la autoridad del otro órgano para decidir.

Y sobre ella también Alfonso Parejo ha definido el carácter problemático del control judicial de la Administración, señalando la específica relevancia competencial que tiene la función de control. Esta función, indica Parejo³⁸, se debe traducir explícitamente en un control de legalidad que necesariamente, en su ejercicio, *“no le autoriza para la generación de reglas jurídicas (ni siquiera de caso concreto) y sí sólo para hallarlas en sede interpretativa y aplicativa”*³⁹. Ello es relevante para efectos de la deferencia porque en este tipo de control, señala Parejo, *“el sometimiento del Juez a únicamente al imperio de la Ley es principio de doble cara: de un lado, independencia de los restantes poderes, pero, precisamente por ello, vinculación total a la Ley”*⁴⁰. Finalmente, las consecuencias competenciales que tiene la función judicial de control, para Parejo, parecen relevantes para aclarar la noción que se está presentando sobre deferencia, por cuanto explicitan el rol que tiene el concepto de “decisión” en contraste con el de “control”. Lo que Parejo llega a afirmar es que existiría precisamente una “doble decisión”, primero del ente administrativo, y luego del juez que controla. Estas dos decisiones *“[en la medida en que] expresan un ejercicio de poder público, de poder del Estado, y cada una de ellas es adoptada por una distinta organización de éste, se ofrecen necesariamente como manifestación de la división de poderes (propia justamente del Estado de Derecho)”*⁴¹.

³⁸ PAREJO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas*. Madrid: Tecnos, 1993. Impreso., p. 50.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 57

Lo anterior parece absolutamente relevante, porque lo que hace Parejo es ligar precisamente el carácter y problema competencial del control jurídico –y con ello, de la deferencia- con la separación de poderes. Si bien trataremos más a fondo este problema ya relacionado con control jurídico de la Administración propiamente tal, debemos recalcar la importancia que esta idea tiene para efectos de entender la noción de deferencia que se ha planteado: *“Quiere decirse, pues que la específica configuración de la situación considerada suscita de suyo la necesidad de la delimitación de las competencias para la adopción de una y otra decisión, pues la división de poderes únicamente tiene sentido si supone que dos órganos de poderes constitucionales diferentes (en este caso, poder ejecutivo y poder judicial) no pueden desarrollar, legítimamente, una misma función”*⁴².

Es esta idea sobre la base competencial de la deferencia la que, al menos en términos teóricos, parece más sensata. Lo es porque precisamente, y a priori, no define ninguna postura sobre si la deferencia misma es válida, justa o razonable; simplemente señala el problema de fondo, a nivel subjetivo, que los órganos estatales tienen que resolver. Sin embargo, pareciera ser que la segunda base –expuesta según la teoría de Daly- es mucho más problemática. Ello, porque añadir un principio objetivo: el necesario análisis de la razonabilidad de la decisión, es *per se* problemático cuando el conflicto de fondo, para algunos, es si debe existir incluso ese control de razonabilidad. Tal como lo desarrollaremos, creemos que ese control existe y debe

⁴² PAREJO (2003), pp. 57 y 58.

existir, pero no se da en todos los casos de deferencia –sobre todo en problemas excepcionales, como los actos políticos o las leyes- de una forma estrictamente jurídica.

Sobre esta segunda base, el examen de razonabilidad de la decisión, que plantea Daly como esencial a su concepto de deferencia curial, es necesario señalar lo ya expuesto por el mismo autor, en torno a que ese examen de razonabilidad varía de país en país. Su análisis de estudio se centra, precisamente, en 3 países que no tienen una justicia administrativa separada de los jueces comunes: Canadá, Reino Unido y Estados Unidos. La semejanza con nuestro sistema, al menos en términos de este problema –central para definir la relación entre distintos poderes del Estado-, es bastante evidente.

El punto de Daly sobre esta cuestión es absolutamente relevante. En la exposición que realiza sobre las distintas formas de examen de razonabilidad⁴³, la idea central de estos es definir no sólo el estándar de razonabilidad (bajo qué principios y normas analizar), sino principalmente qué tipo de razones o decisiones es factible controlar. La idea de Daly es definir en qué medida no sólo el tipo de estándar puede ser más o menos correcto, sino cómo estos pueden ser aplicados por los jueces. Esta cuestión no es irrelevante porque, precisamente, de lo que se trata su teoría de la

⁴³ Véase DALY (2012), p. 19-26

deferencia -aplicada al control judicial de la administración-, es de señalar un camino más o menos homogéneo a los jueces en su tratamiento de los problemas.

Se trata, entonces, de definir un estándar claro para definir cuándo se debe reemplazar la decisión por otra –la del juez-, y hasta qué medida. En este sentido, y en su refutación del argumento de Trevor R.S. Allan, según el cual una doctrina de la deferencia curial “*es inevitablemente vacía porque mientras ésta debe aparecer como externa a una decisión judicial, su operación de hecho está inexorablemente ligada a –e indistinguidamente de- la sustancia de cada caso particular*”⁴⁴, Daly señala que para que no sea vacía su teoría (o cualquiera) debe demostrar que ésta es capaz de precluir a las cortes una forma de alcanzar conclusiones particulares que le sirvan para resolver los casos concretos. Y este criterio, para Daly, no se define sino que en el límite de esa deferencia: el juez debe ser deferente hasta que sea patente la irracionalidad de la decisión⁴⁵.

Esto quiere decir que el estándar último, y sobre el cual se basarán los demás estándares, debe ser precisamente aquel que reemplace una decisión allí donde hay una patente irracionalidad de la misma. En ese sentido, y recapitulando, la deferencia, al menos para la doctrina ya expuesta, debe ir de la mano con un análisis de la razonabilidad de las decisiones que son controladas. El mero respeto por la posición del otro órgano no es argumento suficiente para demostrar que una decisión debe reemplazarse por otra o evitarse. Y ello, de nuevo, no debe dejarse de lado: el valor

⁴⁴ *Ibidem*, p. 27

⁴⁵ *Ibidem*, p. 20

de esta teoría tiene que ver precisamente con la importancia que le da a la doctrina, y particularmente a la teoría jurídica, en la producción y elaboración del caso ante los jueces. La necesidad de un estándar de razonabilidad, entonces, y de sus límites, explica también la necesidad de dar razones jurídicas a la decisión judicial (o de control) que se emprende, y así evitar o hacer menos probable que la decisión se tome de una forma meramente política: atendiendo a cuestiones de fondo en el caso particular, o atendiendo a la relevancia política de la afectación de la competencia del otro órgano. La relevancia de una teoría de la deferencia, entonces, va de la mano con evitar precisamente esa fractura ya expresada: la de esa delgada línea entre lo político y lo jurídico⁴⁶.

Finalmente, hay que hacer referencia a otro tipo de definiciones que se han dado sobre el concepto, ya desde la doctrina española⁴⁷. Para ello, haremos referencia a la noción que de este concepto tiene García Enterría, en su crítica a la teoría de la deferencia norteamericana. En lo esencial, debemos partir con el propio reconocimiento que hace García de Enterría del problema de fondo que, a grandes luces, se genera sobre este concepto en el derecho anglosajón: “*si el principio democrático puede o no producir efectos restrictivos en el control judicial del Ejecutivo*”⁴⁸. La afirmación de

⁴⁶ Esto Daly lo hace evidente en su crítica de fondo a Allan, al señalar precisamente la importancia de la doctrina para con la elaboración de estándares jurisprudenciales aplicables al caso concreto, los que facilitan –en cierta medida– que las decisiones sean tomadas razonables y uniformemente, y no sólo atendiendo a las circunstancias de contexto del caso particular. DALY (2012), pp. 31-35.

⁴⁷ Como ya se ha explicitado, aparte del tratamiento que hace Zapata, al que aludiremos en el análisis de la deferencia legislativa, no hay mucho desarrollo del concepto en nuestro país. Y el análisis de Zapata sobre éste no es más que de proposición de una forma de referencia (la llamada “deferencia razonada”), y no de una teoría al respecto.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), p. 170

García de Enterría, en otro aspecto, no es irrelevante: lo que pretende significar en su análisis sobre esta teoría dice relación precisamente con la diferencia que habría entre la concepción europea continental del principio de separación de poderes y la concepción que el derecho anglosajón ha tenido sobre el mismo. No entraremos en esta investigación a analizar justamente esas semejanzas o diferencias que tendrían el sistema político norteamericano, el europeo y el chileno, sino que debemos quedarnos con la noción de principio: la idea de que es en base al entendimiento de la separación de poderes –y de cómo está configurado estructuralmente el Estado- que podemos entender la función de la deferencia en el derecho.

La investigación de García de Enterría arroja luces orientadoras en este sentido. En su análisis del fallo *Marbury v. Madison* (lejos, el fallo más famoso en la historia de ese país)⁴⁹, éste hace hincapié que lo que finalmente hace la sentencia es delimitar el campo sobre el cual los jueces pueden controlar las decisiones de la Administración, señalando que serán controlables los actos ministeriales y no los actos discrecionales (en ese tiempo, *political questions*). Esta decisión, entonces, delimita precisamente y hace efectiva la separación de poderes, cuestión que ocurre de manera similar aunque no idéntica en Francia, con la jurisprudencia del Consejo de Estado, pero que se diferencia justamente en el hecho de que su independencia no es tan relevante como la del Poder Judicial.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 171

Ahora bien, y en el desarrollo del Derecho Administrativo norteamericano, García de Enterría traza una línea decisoria sobre éste: la de la publicación de la *Federal Administrative Procedure Act* (APA, en adelante), de 1946. Ésta precisamente define los límites del control judicial a la Administración, y señala como controlables los actos discrecionales. Pero la tesis de García de Enterría no se queda en esa mera descripción. Su idea consiste, justamente, en criticar cómo desde la APA, y particularmente desde la sentencia *Chevron v. Natural Resources Council*, de 1984, la “teoría de la deferencia” ha tomado un peso excesivo, limitando el control judicial a la administración, específicamente en el control de la apreciación de los hechos, que se le entrega, según él, “como un crédito casi en blanco a la Administración”⁵⁰.

Su interpretación, a grandes rasgos, de esta teoría, la identifica más bien como una deferencia por respeto, especialmente a los organismos o agencias independientes y su carácter eminentemente técnico, y de no interferencia en su funcionamiento. A todas luces, parecería que su concepto de deferencia es un concepto eminentemente epistémico, en los términos de Daly. Pero García de Enterría no se queda allí, e identifica en la sentencia *Chevron* precisamente el criterio sobre el cual se define lo que él entiende como la concepción americana de la división de poderes. En esta sentencia el estándar consiste en que el juez realice dos pasos: (i) El primero, relativo a la interpretación de la Ley aplicable al caso, y concluyendo que el sentido de ésta es

⁵⁰ *Ibidem*, p. 184

claro, debe contrastar éste con la aplicación que hizo el órgano controlado de la misma; (ii) concluyendo en cambio que el sentido no es claro, debe dar deferencia a la interpretación que tiene la propia Administración del caso concreto, siempre que no sea abiertamente irrazonable.

Según García de Enterría, el apoyo a esta teoría –expresada como paradigma en *Chevron*, según él-⁵¹ implica necesariamente una concepción mecánica de la división de poderes⁵², lo que sería incompatible con la actual concepción que se tendría en Europa al respecto, y particularmente lo sería también con su propia teoría, que reafirma el carácter absolutamente necesario del control judicial de todos los ámbitos, en sus propios términos un “Estado de Justicia” en el que el control jurídico sea la vía más importante de garantía de la libertad de los ciudadanos⁵³.

Considero importante definir el período en el cual García de Enterría hace la crítica y plantea su propia teoría, así como el contexto sobre el que recae. Su libro, “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”, de 1995 inicialmente, tiene como objetivo trazar una marcada línea divisoria entre el sistema norteamericano y el europeo continental, por un lado, y definir su postura frente al debate sobre el control de los actos discrecionales que se daba en su época entre los catedráticos de Derecho Administrativo español José Ramón Fernández y Alfonso Parejo, entre otros. Su

⁵¹ *Ibidem*, p. 188

⁵² *Ibidem*, p. 199

⁵³ *Ibidem*, pp. 159-161

postura, como hemos dicho, es de un marcada judicialización del sistema político, y ha sido criticada fuertemente. Mas su crítica no pierde por ello sentido: la teoría a la *Chevron* en Norteamérica sí se daba como una forma de la “Nueva Derecha” para lograr sus objetivos políticos, dada la conformación de la Corte Suprema estadounidense de la época⁵⁴, lo que ilustra en cierta medida porqué el debate sobre la deferencia siempre ha estado de la mano de la política, y principalmente del rol que tienen los órganos jurisdiccionales en la política interna de un país.

Ahora bien, esta misma crítica no toma en cuenta, como sí lo hace Daly, los últimos casos del Derecho Público y Derecho Administrativo anglosajón, en especial los casos de marcado activismo judicial –*Bush v. Gore*–, que han redefinido la discusión y han precisamente abierto los ojos a la necesidad de la deferencia –que, al parecer, no se transa como querría García de Enterría u otros judicialistas–, pero que le han puesto límites claros a esa posibilidad. En este sentido, la utilidad del ya presentado esquema sobre la teoría de este concepto va más allá de tomar una postura o no sobre el mismo, sino que implica definir de qué hablamos cuando hablamos de deferencia, y con ello cuál es la problemática de fondo que permite identificar los casos en los cuales hay un conflicto potencial o patente entre un órgano de control jurídico y el órgano que decide el caso inicialmente.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 204-206

En este sentido, y para finalizar, lo relevante de hablar cuando hablamos de deferencia es, según los elementos teóricos planteados anteriormente, un necesario equilibrio entre tres conceptos claves para la filosofía jurídica contemporánea: los de autoridad, legalidad y legitimidad. Así, lo que está en juego cuando hablamos de deferencia y de sus contrapuestos es justamente la autoridad (en el caso concreto que analizamos, de los jueces), que choca muchas veces con la propia legalidad de sus decisiones, que en términos de la propia legalidad vigente pueden ser problemáticas; sin embargo, y añadido a eso, se establece un problema de legitimidad de las propias decisiones judiciales y administrativas o políticas o legislativas (distinción que hacemos a continuación) que implica justamente presión –social o política- por cambios en las estructuras y en las definiciones de políticas públicas o decisiones que se toman. Es entonces dicha relación entre tales conceptos, y en cierto sentido su equilibrio, el que hace de la deferencia un concepto relevante a la hora de discutir sobre control judicial.

III. TIPOLOGÍA DE LA DEFERENCIA EN EL DERECHO

Ya definido nuestro concepto, nos resta comprender las distintas formas que toma éste. Para esto, tomaremos precisamente la clásica distinción que se desprende del principio de división de poderes: Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo. Las distintas formas que toma la deferencia, en general, son entonces la deferencia de actos administrativos, deferencia de actos políticos (esa distinción, como veremos, es esencial), y deferencia de actos legislativos⁵⁵. Para ello haremos mención de los principales problemas que se presentan en cada una de estas clasificaciones, explicitando la forma en que se presentan los estándares de revisión y hasta qué medida estos actos se consideran controlables.

⁵⁵ No haremos mención a una posible “deferencia a actos jurisdiccionales” porque toda nuestra legislación y ordenamiento jurídico, a ese respecto, está ordenada por el principio que ordena el artículo 76 de nuestra Constitución, que señala: “*Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*”. En este sentido, no sólo el Presidente o el Congreso pueden revisar o controlar estos actos –reafirmando la ya mencionada independencia del Poder Judicial-, sino que incluso la misma Contraloría o el Tribunal Constitucional están vedados de interferir en causas pendientes o que asuntos de carácter litigioso (art. 6 de Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de Contraloría General de la República). En el caso del Tribunal Constitucional su potestad se limita, al menos en lo referido a causas de los Tribunales Ordinarios, a intervenir en la declaración de inaplicabilidad de un precepto que esté siendo conocido por estos, sin posibilidad de conocer el fondo de los mismos.

a. Deferencia a actos políticos

Uno de los grandes problemas que ha debido enfrentar la doctrina de la deferencia, y en general la del Derecho Administrativo, dice relación con el control de actos políticos del Gobierno o del Presidente. Ello lleva *per se* a la distinción entre este tipo de actos, también llamados “*actos de imperio*” o con otras clasificaciones⁵⁶, y el acto administrativo propiamente tal. Es esta distinción la que hace –para los que propugnan la existencia de este tipo de actos- toda la diferencia: por cuanto el acto administrativo sí estaría sujeto a la revisión judicial (vía contencioso administrativo), pero el acto político no.

La diferencia, explica Zúñiga, entre uno y otro no sería precisamente una diferencia formal: los dos son actos emanados de la misma potestad del Presidente de la República. La diferencia, más bien, es de naturaleza material del acto: el acto político está definido por “*la configuración de una atribución constitucional exclusiva de un órgano supremo del Estado de dirección política*”⁵⁷. Así, y ejemplificando este tipo de actos en las distintas jurisdicciones, se señala que el mismo Carré de Malberg caracteriza la función administrativa por su subordinación a la ley, pero advierte que el Estado no se obliga de manera “absoluta y sin reserva”, haciendo depender integralmente de las

⁵⁶ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante “las cuestiones políticas*. Revista Ius et Praxis - Año 14 - N° 2, 2008. Impresa, p. 275

⁵⁷ *Ibidem*, p. 274

leyes su actividad, subsistiendo un campo de potestad de “libre actividad” pero con soporte constitucional, nunca fuera de la vinculación a derecho, nunca “*legibus soluta*”⁵⁸. Esta actividad, por tanto, quedaría fuera del control judicial y de los recursos administrativos, lo que reivindicaría el control político de tales actos.

El común denominador que identifica Zúñiga sobre este tipo de actos o cuestiones políticas es el hecho de que el control de tales actos no es un control administrativo ni judicial, sino un control eminentemente político: ya sea uno electoral, uno social o uno jerárquico. Ésta es precisamente la llamada “responsabilidad política”, que se hace efectiva ante el electorado o, en su defecto, ante el Congreso, según los procedimientos de nuestra Constitución.

Es evidente, entonces, que hay cierta parte de la doctrina que apoya este tipo de actos. Hay, por otro lado, administrativistas o iuspublicistas acérrimamente en contra, como es el caso del mismo García de Enterría⁵⁹. El problema, a este respecto, es de nuevo del orden de comprensión de la función del principio de división de poderes: en la medida en que se comprende, o acepta, que hay otros tipos de controles –no sólo jurídicos-, se tolera que ciertos actos, por su funcionalidad y por su excepcionalidad, estén fuera del control que implica el contencioso administrativo – en todas sus formas, en el caso chileno-. El problema, para otros, estriba en que esa

⁵⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado* (trad. J. León Depetre). México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1ª edic., 1948. Impreso, pp. 480-502 [citado en ZÚÑIGA (2008). p. 275]

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), pp.138-142

posibilidad de un control alternativo es incierta y relativa, por cuanto depende de cuestiones netamente políticas y no considera, muchas veces, la afectación a derechos de particulares⁶⁰. Así, y en este sentido, una doctrina como la de Zúñiga, que pretende reivindicar la categoría del acto político, busca de paso asegurar la deferencia del poder judicial hacia tales actos.

Como ejemplo de que incluso a nivel judicial este conflicto está instalado, podemos ver los casos de Responsabilidad del Estado por las supuestas irregularidades administrativas y políticas ligadas al terremoto del 27 de Febrero de 2010. En estos, la Corte Suprema ha resuelto en el “Guzmán Espinoza”⁶¹, en donde sostuvo que no procede la indemnización de perjuicios a consecuencia de los saqueos ocurridos días después del terremoto del 27 de febrero de 2010, porque no se aprecia que exista falta de servicio. Sin embargo, y sobre el concepto que planteamos, la Corte afirma que una decisión como la que se tomó tal día no puede ser objeto de revisión judicial por estar ligada a un “acto de Gobierno”⁶². En este caso, entonces, lo que hace la Corte es extender este criterio no sólo al control de la omisión de la declaración de estado de catástrofe, sino que también a las consecuencias lesivas de

⁶⁰ CEA EGAÑA, José Luis. *Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno*. Santiago: Gaceta Jurídica N° 137, 1991. Impreso, pp.9-34

⁶¹ Corte Suprema, Sentencia del 12 de agosto de 2014, rol 2839-2014

⁶² La tesis central de esta decisión es que una declaración de estado de excepción constitucional es, claramente, una atribución privativa del Presidente de la República, que jamás puede estar sujeta a “control judicial en relación a su mérito u oportunidad”, porque justamente es un “un acto político o de Gobierno, no justiciable”. Esta tesis está basada en el artículo 45 de la Constitución —que impide el control judicial de las circunstancias de hecho del acto dictado—.

esas actuaciones que se debían resolver en un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración⁶³.

El gran conflicto entonces, claro está, se encuentra en su identificación, que precisamente debe hacer el juez al conocer de un caso que impugne el acto. En esa identificación, se asegura, para algunos, la funcionalidad de la potestad exclusiva del Presidente sobre estas materias, así como también se resguarda al propio interesado, en tanto la sentencia (en el caso de admitir la deferencia) debe ser justificada. Para otros, ello no bastaría porque –explicitando su versión judicialista del sistema- no sería suficiente el mero control ciudadano o la sola responsabilidad política, sino que el control judicial sería la vía idónea para resguardar las garantías constitucionales de los afectados, cuestión que precisamente niegan los partidarios de la no justiciabilidad de los actos políticos⁶⁴.

Claramente esta discusión, así como también la que expondremos a continuación, evidencia las dificultades políticas de fondo que tiene propugnar una teoría de la deferencia, y, por tanto, la necesidad de que ésta sea teorizada debidamente en nuestra doctrina. La relación, justamente, que tiene este tipo de problemas competenciales y de control con las distintas nociones sobre Democracia (por un lado, una cierta democracia “jacobina” y correligionaria del control ciudadano

⁶³ Con esta decisión la Corte reafirma el criterio que señaló en el caso "Campos Herrera" en diciembre de 2013 (24.12.2014, rol 4029-2013).

⁶⁴ ZÚÑIGA (2008), p. 33

y la efectividad de éste, dejando a los jueces precisamente como jueces; y por otro lado, una visión escéptica del sistema político y de la acción política, y partidaria de un activismo judicial que logre la consecución y el respeto de derechos y garantías a los ciudadanos por medio del Derecho)⁶⁵.

b. Deferencia a actos legislativos

En este apartado, haremos referencia a, sin duda, uno de los grandes problemas a nivel constitucional del concepto de deferencia, que es el control jurídico de las Leyes. No nos referiremos a otros tipos de actos del Congreso, en razón de su independencia, porque serían difícilmente analizables en razón de su control efectivo por parte de algún otro organismo del Estado. Así, y refiriéndonos a las Leyes, debemos destacar primeramente que este control, ya desde la Reforma de 2005 a la Constitución, está exclusivamente atribuido al Tribunal Constitucional, jurisdicción que tiene sus orígenes en la Reforma a la Constitución del 25 que se hizo en el año 1971, y que es, para muchos, una especie de tercera cámara⁶⁶.

⁶⁵ Habría que nombrar también en este entramado contextual a las posiciones escépticas no sólo de la política, sino también del Derecho, y que representan por tanto visiones tanto liberales como conservadoras, que apoyan precisamente la relativización del conflicto ya desde la esfera de que el derecho no es la vía idónea para lograr los fines predichos o es meramente el medio para la consecución de lo político. Un buen texto al respecto es ya clásico en la materia, DWORKIN, R, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. Print.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, los artículos de Fernando Atria y Constanza Salgado, “EL TC como tercera cámara”, disponibles en línea en El Mostrador: <http://www.elmostrador.cl/autor/fernando-atria-y-constanza-salgado/> ; en el mismo sentido, y discutiendo el problema, la columna titulada “¿Tercera Cámara o Tribunal Constituyente?” de Arturo Ferrandois critica esta idea. Disponible en línea en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/07/30789/Tercera-camara-o-tribunal-constituyente.aspx>

Esta competencia está radicada en el artículo 93 de la Constitución, el que señala las distintas atribuciones del Tribunal, entre éstas: *“1º.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”*. Así también, será competente para: *“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”*.

En este sentido, la doctrina de la deferencia del Tribunal Constitucional a actos legislativos tiene un imperativo claro: ella debe estar marcada por el mero control de constitucionalidad de las leyes. Toda cuestión que sea potestad absoluta del Congreso, y en ese sentido cuestión que se defina por su mera legalidad, no debe ser cuestionada por el Tribunal. Ello, por supuesto, no es unánime, y el problema que debe resolver el Tribunal generalmente en el control de constitucionalidad de Leyes (o también en la interpretación de éstas, en los casos de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad) se refiere precisamente a definir esa posición y ese umbral sobre el cual puede decidir o no sobre cierta materia. Así lo ha afirmado este mismo, por ejemplo, en una de las últimas sentencias más relevantes a este respecto, sobre el control de constitucionalidad de la Ley que Reforma el Sistema Binominal y crea un Sistema Proporcional, en la cual explicita que hay ciertas materias que son de plena libertad

del legislador, y sobre las cuales por tanto no debe controlar lo que no sea referido a la afectación de los preceptos de la propia Constitución.

Sobre este mismo control es que nuestra doctrina ha hecho uno de los pocos análisis que se tienen sobre el concepto de deferencia, y es específicamente la teoría del profesor Zapata sobre la deferencia razonada⁶⁷. Esta propugna un análisis y un estándar definido sobre el cual el Tribunal Constitucional debe controlar por un lado las leyes que se aprueban por el Congreso (tema de este apartado), como también los Decretos con Fuerza de Ley del Ejecutivo.

Para éste *“la deferencia consiste en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común.”*⁶⁸. En este sentido, su doctrina hace mucho sentido a lo ya expuesto sobre la necesidad del control y su relación explícita tanto con la división de poderes como con el principio democrático. Parece ser, así, que para Zapata la deferencia no sólo se explica como “respeto”, sino que necesariamente implica un control de razonabilidad: *“Tribunal deferente, en todo caso, no es aquel que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su rol contralor en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático”*. En este sentido, su teoría es de una deferencia “razonada” porque ésta *“demanda del*

⁶⁷ ZAPATA, Patricio. *Teoría de la Deferencia Razonada*, en Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado, 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica, 2008. Impreso.

⁶⁸ ZAPATA (2008), p. 229

Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos”.

Su preocupación constante en este texto por los problemas que implica el activismo judicial es patente y alabable, y tiene como horizonte el hecho de que “[/]/a “deferencia razonada”, tal como se postula aquí, permite al TCCCh realizar un ejercicio vigoroso y creativo de sus atribuciones, evitando dentro de lo posible, el conflicto permanente con los poderes elegidos democráticamente y el peligro de politización que esta pugna encierra”⁶⁹. Sin embargo, si bien su teoría podría ser aplicable en lo sucesivo a otras formas de control, el problema de ésta es que está diseñada para el Tribunal Constitucional, y el problema de éste (siempre más evidente) es la comúnmente posible politización de sus decisiones. Ello, en relación a otro tipo de controles, como el de la Contraloría o la Corte Suprema, no es siempre el problema de fondo, y por ende una teoría “flexible” como la de Zapata⁷⁰ no sería asimilable al control de decisiones que por su propia naturaleza –actos administrativos- tienen que ser controladas.

Otra cuestión relevante a este respecto, y que representa un buen ejemplo judicial de lo que podría entenderse como acto legislativo, es el caso del recurso de protección contra la decisión del Congreso de admitir a tramitación la nulidad de la Ley de Pesca. En este caso la Corte Suprema, señala una cuestión absolutamente

⁶⁹ ZAPATA (2008), p. 230

⁷⁰ Zapata enseña precisamente que debe reconocerse “amplia latitud” a la decisión del otro órgano controlado por el TC, mientras ésta sea razonable. En cierta medida es profundamente parecida a la idea de Daly sobre deferencia, aunque con la distinción ya hecha: la idea de Daly es sobre el control propiamente judicial de la Administración, y la de Zapata está referida al control constitucional que hace el Tribunal Constitucional en relación a Leyes y Decretos.

relevante para considerar el control de los actos legislativos como una cuestión no revisable judicialmente: *“Que no obstante los amplios términos en que la Constitución Política consagra el recurso de protección en su artículo 20, existen actuaciones que no son susceptibles de ser revisadas por esta vía. Así, por ejemplo, no procede el recurso de protección en contra de leyes, decretos con fuerza de ley, actos de gobierno, entendido estos como aquellos ejecutados en la esfera de la actividad política de la función ejecutiva. Lo mismo cabe señalar de los actos que son propios de la función legislativa y de las actuaciones que la integran, como la presentación de proyectos de ley, o la votación en las comisiones y en la Sala; casos en que, por lo demás, resulta imposible que pueda existir la necesidad de restablecer el “imperio del derecho”*⁷¹. A este respecto es que la Corte concluye que *“(…) lo anterior significa, en relación al recurso de protección, que mediante esta acción no se pueden impugnar actos que constituyen el ejercicio de atribuciones que el propio constituyente ha otorgado a otros órganos del Estado, como ha ocurrido en este caso, en que se pretende revisar la facultad de admitir a tramitación legislativa una moción parlamentaria, atentándose contra la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental. Estos actos integran lo que ha sido calificado por algunos autores como “cuestiones políticas” que no son justiciables*⁷².

Así también, y reafirmando así la utilidad de la teoría de Zapata (y, con ello, la utilidad general que tiene la doctrina jurídica en torno a los problemas que presenta y a su función para con la propia jurisprudencia), nuestro propio Tribunal

⁷¹ Corte Suprema, Sentencia de 22 de Marzo de 2016, rol N° 6906-2016, Considerando 2°.

⁷² Ibídem, Considerando 4°.

Constitucional ha aceptado esta doctrina y la ha aplicado en diversas sentencias⁷³. Es por ello que la función de una teoría sobre la deferencia no sólo puede ser esencial para comprender las consecuencias políticas y abstractas del concepto, sino que precisamente tiene como horizonte su utilidad en la propia función de los jueces, de los que irremediamente una buena doctrina favorece su posición y labor.

c. La deferencia ante actos administrativos

1. Orígenes y fundamentos

Finalmente, resta analizar uno de los puntos más conflictivos relativos a la necesidad misma de la deferencia –como institución, y como concepto-, y que es su aplicación a la revisión de los actos administrativos, es decir, de los actos de la Administración del Estado y el Gobierno. Ante estos, debemos primeramente indicar que sobre ellos recae un control que es absolutamente difuso y tiene muchas formas en nuestra legislación⁷⁴, y por lo tanto un concepto de deferencia que sea unitario (y que contemple necesariamente las distintas competencias involucradas, y los distintos procedimientos) es difícil de idear.

⁷³ Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309, en que señala que “*este principio tiene muchos fundamentos, pero por ahora, cabe sólo señalar dos: la separación de poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí*” (considerando segundo)

⁷⁴ Una buena descripción de estos distintos tipos de control se encuentra en CORDERO VEGA, Luis. *El Control de la Administración del Estado*. Santiago: LexisNexis, 2007, Impreso., pp. 27-45

Para esta tarea final será necesario, en primer lugar, entender cómo se ha configurado el control de los actos administrativos y específicamente el contencioso administrativo. Sobre esto, nuestra propia doctrina entiende el acto administrativo como *“actos jurídicos emanados de un órgano de la Administración del Estado que poseen ciertas cualidades y características que los hacen, en cierto sentido, excepcional dentro del ordenamiento jurídico. Esa excepcionalidad les permite, entre otras cosas, gozar de una presunción de legalidad o validez desde su inicio, lo que lleva aparejado su ejecutividad, ejecutoriedad y aún su ejecución forzosa, en ciertos casos”*⁷⁵. Sobre esta base es que la propia Ley N° 19.880, sobre Bases de Procedimiento Administrativo, contempla una serie de requisitos, principios y formas que el análisis y el control de los mismos deben seguir, tanto por vía judicial como por las otras vías, definiendo acto administrativo en su artículo 3°, inciso segundo: *“Para efectos de esta ley se entenderá por esto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una propuesta pública”*.

El problema sobre este tipo de actos en relación a lo investigado en este trabajo, pasa por comprender no sólo la diferencia de éste con el de un acto esencialmente político (ya desarrollado anteriormente), sino también cuál es la posibilidad cierta de la deferencia, y por ende el límite del control judicial a la decisión administrativa, en tanto ésta tiene que ser necesariamente controlada. En ese sentido,

⁷⁵ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2011, n.36, p. 251.

en el análisis de este problema es donde la deferencia como concepto encuentra su mayor desafío⁷⁶, y donde tiene mayor relevancia y dificultad es justamente en el control judicial de la administración.

Sobre esta base es que es si bien es necesario entender el horizonte y la función del control jurídico (en sus distintas facetas) de los actos administrativos, su difuso desarrollo hace imposible analizar a fondo las semejanzas y diferencias entre uno y otro control en esta investigación. Por ello, si bien para analizar a fondo el concepto de deferencia hacia la Administración se hace necesario comprender quizás todas las vías que tiene el control jurídico de la misma (tales como el control realizado por Contraloría General de la República, o el de otros organismos especiales), parece relevante centrarse más bien en uno de estos controles que es paradigmáticamente problemático, y que es el control judicial de la misma, que lleva específicamente a un problema de competencias y de equilibrio de poderes central para el Estado de Derecho. Esto, porque es en el control que hace otro poder del Estado a la Administración donde podemos ver, de fondo, el problema de la deferencia y su relación con el principio democrático; ello, como veremos más adelante, nos llevará irremediablemente a discutir sobre independencia judicial y la legitimidad del “activismo judicial”.

⁷⁶ Es sobre esa misma base –y el mismo desafío– que el libro de Daly se comprende cabalmente. No es sólo en la diferenciación que hace, sino precisamente en la posibilidad de control en general a agencias u órganos gubernamentales especializados que se sostiene la necesidad, correlativa a ese control, de una deferencia que asegure las bases tanto democráticas como competenciales del poder administrativo.

Así, lo primero es señalar que este tipo de control ha tenido históricamente distintos estándares, los que se tratarán más adelante a propósito de las distintas formas de control, pero que en definitiva dicen relación con la forma en que los propios jueces han intentado acercarse —o alejarse— de la potestad administrativa, en la medida en que comprenden sus funciones de manera más amplia. Así, *“el origen de las competencias contenciosas administrativas, en particular de los modelos influenciados por el sistema francés, se construyó sobre la base estrictamente revisora de esta jurisdicción, como da cuenta el debate y alcance de ella en el artículo 87 de la CPR de 1925, basándose en un sistema objetivo cuya idea central siempre es el acto”*⁷⁷. Se señala, por otro lado, que *“desde la perspectiva tradicional, el principal objeto de los procedimientos contenciosos administrativos fue la pretensión de nulación que parte de concebir como presupuesto de la actuación administrativa expresada a través de un acto administrativo que, sin embargo, incurre en una de las causales de nulidad establecidas por regla general en los lentes de procedimiento administrativo. Ante ello, se recurre al órgano jurisdiccional para que éste realice una mera revisión de legalidad del acto, luego de lo cual a través de una sentencia declarará si dicho acto es, o no, contrario a derecho”*⁷⁸.

Por ello, tanto en Francia, por un lado, como en Estados Unidos, por otro, se dio este tipo de control de una forma casi correlativa a la instauración de su moderno Derecho Constitucional⁷⁹. Desde los dos orígenes se creó esta comprensión del

⁷⁷ En este sentido, el propio Cordero señala que “esta época es contemporánea a aquella famosa sentencia de FLEINER que la competencia de los Tribunales contenciosos administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas. En CORDERO (2007), p. 155

⁷⁸ *Ibidem*, p. 156

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), pp. 173-174

control en la medida en que se entendía la importancia de salvaguardar los derechos de los ciudadanos ante el actuar de la Administración. La labor de los jueces, tanto comunes como administrativos –en el caso Francés, el Consejo de Estado principalmente y de forma icónica para la creación de lo que hoy entendemos como Derecho Administrativo⁸⁰–, fue esencial no sólo para comprender entonces los límites jurídicos de la Administración, y la necesidad de que ésta se ajustara al mismo Derecho, sino que también fue necesaria para la comprensión de la libertad de este tipo de potestades y, en este sentido, para entender el margen sobre el cual la Administración era o es legítima y válidamente libre de decidir ciertos aspectos (lo que comprenderemos luego a propósito de la discrecionalidad).

Ello se basa precisamente en la separación de poderes correlativa al Estado de Derecho Moderno, y que tiene como objetivo material, en el caso de la Administración del Estado, la configuración social, política y económica de la sociedad, es decir, la realización material de la misma⁸¹. Y es precisamente en la distinta configuración competencial –ya analizada anteriormente–, relativa a distintos fines sobre los que se ordenan estos organismos, que el “encuentro” entre jueces y administradores se plantea históricamente como necesario, pero precisamente porque

⁸⁰ Véase por ejemplo un excelente texto al respecto en CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)*. Revista de Administración Pública, N° 153, 2000. Impreso, pp. 519-535.

⁸¹ Así, señala Sánchez Morón “La Administración, a diferencia del Poder Legislativo y del Poder Judicial, es un poder activo por excelencia [...] La Administración provee cotidianamente a las necesidades generales, en parte supervisando, controlando, autorizando u ordenando actividades privadas [...] en parte prestando servicios a los ciudadanos [...] en parte apoyando o colaborando con particulares y empresas al desarrollo económico y social u otros fines de interés general [...] y mediante otras actividades?”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 1997. Impreso, pp. 38-39

el acto del segundo siempre precede al del primero, en tanto uno es controlado por el otro: *“La intervención judicial presupone así una previa actuación —para el cumplimiento de la función constitucional específica- del poder público sometido a control, con lo que no altera el estatuto de éste más que en lo necesario, justamente, para la verificación plena de dicho control⁸²”*.

En este sentido, el control jurídico por parte de los tribunales, tiene finalmente una función u objetivo identificable que es común y aunque evidente, es necesario señalarlo: se trata de la necesidad de ajustar la decisión de los actos del ejecutivo a los principios y reglas del derecho vigente, por cuanto estos actos gozan precisamente de diversas prerrogativas y privilegios exclusivos por provenir justamente del Estado y sus organismos⁸³. Así, salvaguardar los derechos —y también el Derecho- de este tipo de poderes altísimos es, por supuesto, presupuesto necesario del Estado de Derecho.

Como ya se ha señalado, el control de los jueces a la Administración se entiende en nuestro Derecho moderno precisamente no sólo como una forma “particular” de control, sino que como correlativo al propio concepto de equilibrio de poderes. El control judicial de la Administración se mira entonces no sólo como necesario para salvaguardar intereses particulares, sino precisamente para equilibrar la balanza entre los poderes públicos: *“Como se indica que la potestad judicial para controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del gobierno y la Administración no sólo no es problemática desde el punto de vista de la separación de poderes, sino que en algún sentido parece consustancial a*

⁸² CORDERO (2007), p. 156

⁸³ FERRADA BÓRQUEZ (2011), p. 252

ella. En efecto, el control de los actos del Gobierno no supone convertir a los jueces en gobernantes sino garantizar el sometimiento a Derecho del gobierno y la Administración. Sin este control existiría el peligro de que el gobierno y la Administración, de facto, hicieran caso omiso del derecho, [y] equivaldría a reunir en el ejecutivo las funciones ejecutivas y legislativas”⁸⁴.

Este control, si bien se precisa en sus distintas formas, parece históricamente necesario para salvaguardar la propia funcionalidad de la separación de poderes. Esto es precisamente consecuencia de entender la función del juez en el control de la Administración como un medio necesario de realización del Estado de Derecho. Ello puede parecer contradictorio con la propia tesis sobre la deferencia, pero es en esa falsa contradictoriedad donde radica la mayor fuente de la incomprensión sobre el concepto de deferencia, por cuanto es en la comprensión de las distintas potestades que, a la vez que se hace necesario el control, se debe fijar el límite de éste. La necesaria funcionalidad de éste [control] va de la mano con la necesaria idea de que el juez no debe gobernar, porque precisamente su institución no está elaborada para tal función.

2. El control judicial y su relación con la deferencia

⁸⁴ CORDERO (2007), p. 158

Y sobre lo anterior es que debemos apuntar, como vuelta a nuestro inicio de la investigación, que problema central de definir tanto el límite de la deferencia como, por ende, el límite del control jurídico de la Administración, implica pensar no sólo sobre un concepto determinado de deferencia, sino que lleva necesariamente a comprender el *límite del control judicial de la administración*. Ello en este tipo particular de control es aún más notorio, precisamente porque, como se ha dejado establecido, este control es absolutamente validado tanto en las doctrinas como legislaciones más numerosas. El problema de él, entonces, no es su validez (como sí podría preguntarse a raíz de los anteriores casos, el control de un acto político y de un acto legislativo), sino que sus límites y el umbral sobre el cual los jueces no puedan decidir, en tanto tienen funciones materiales distintas.

Lo anterior se basa en el hecho bruto de que la Administración está no sólo mejor estructurada a nivel constitucional para la realización de sus fines, sino que también está mejor preparada específicamente para enfrentarse con problemas complejos, y ello se debe específicamente a la especialización de la que se caracterizan sus funcionarios, así como también a la calidad de los expertos en las distintas materias en las que se desarrolla y a la especificidad de sus procedimientos de tomas de decisiones⁸⁵. En esa necesaria configuración, que no sólo asegura relativamente bien la toma de correctas decisiones por parte de expertos, los que a su vez están

⁸⁵ GELLHORN y LEVIN. *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., 1997. Print, p. 2, citado en CORDERO (2007), p. 163

validados democráticamente gracias al Presidente de la República, por estar ligados a éste mediante el principio jerárquico, la configuración de los límites del control judicial es esencial para asegurar, precisamente, que tales decisiones sean las más correctas posibles.⁸⁶

Así es que se señala que si bien en relación a estos actos no habría “zona exenta de control judicial”⁸⁷, la aproximación del juez sería distinta dependiendo de las circunstancias del acto. Ello remite precisamente al problema de la deferencia como un problema de orden competencial, pero es necesario entender cómo ocurren esas distintas aproximaciones, las que en nuestra doctrina, como hemos podido comprender, no tienen un estándar claro. Algunos autores, como Eduardo Sarmiento, han intentado sistematizar los estándares de aproximación judicial a la decisión administrativa, y sus resultados sólo reflejan precisamente los problemas de categorización que la misma doctrina identifica para este tipo de casos⁸⁸.

Sarmiento señala cuatro criterios para analizar la posibilidad de deferencia judicial ante actos de la Administración y el Gobierno: (i) el nivel de discrecionalidad con que cuenta la autoridad administrativa, el que siendo excesivo sería precisamente

⁸⁶ También el mismo Tomás R. Fernández señala esta “pesada herencia de la separación de poderes”, y concluye justamente que juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. En FERNÁNDEZ, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Thomson Civitas, Quinta Edición, 2008. Impreso, 105-129.

⁸⁷ CORDERO (2007), p. 164

⁸⁸ La aproximación de Sarmiento, en este contexto, se da de la mano del análisis del principio de proporcionalidad, cuestión que no es baladí para las pretensiones de esta investigación, ya que no permite un análisis absolutamente competencial –y a la vez desde la teoría jurídica- del problema de la deferencia, ya que lo circunscribe necesariamente a una cuestión de constitucionalidad del actuar de la administración y a un estándar definido que no está actualmente tan validado. Véase, por ejemplo, ZÚNIGA AÑAZCO, Yanira. *El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Ius et Praxis, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 249-272; también, a nivel comparado, CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLVII, núm. 139, enero-abril 2014, pp. 65-100

inconstitucional (ii) tipo de actos sujetos a control; (iii) el nivel técnico de la decisión; y (iv) finalmente, el origen democrático del órgano que decide. Estos criterios –que sistematizaremos en el capítulo relativo justamente a este problema- deben ser entendidos, claramente, como una forma de resguardar la legitimidad de la decisión del administrador, y a la vez como máximas para ejecutar el control judicial de una forma “más deferente” que un control normal. Ello demuestra que hay sectores en la doctrina que no descartan la posibilidad de la deferencia –como se desprende del propio Cordero⁸⁹-, pero que entienden la posibilidad de ésta referida justamente a las distintas competencias y funcionalidades que tienen tanto la potestad administrativa como la potestad jurisdiccional.

El mismo Cordero señala, así, la distinción que habría en este tipo de controles y los controles que resguardan también los derechos de particulares (como el recurso de protección), en los que a diferencia de los ya referidos criterios deben ceñirse a la protección de dichos derechos y no a la protección o “respeto” de la competencia del órgano administrativo. Si bien analizaremos ello más a fondo, esta idea claramente, no es unánime en la doctrina⁹⁰, porque precisamente lo que haría en este caso un control vía protección sería justamente poner en juego, por un lado, posibles derechos afectados, y por otro la posible legítima y válida decisión de un órgano

⁸⁹ CORDERO, (2007), pp. 164-165

⁹⁰ Véase, por ejemplo, al propio ZÚÑIGA (2008), y en el mismo sentido GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio, *Activismo judicial, ¿hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones L y D, 2013. Impreso.

administrativo en torno a un problema. Ello sólo habla, final y precisamente, del hecho de que los mayores problemas sobre deferencia judicial en Chile se han dado justamente en sede de protección, y que ello tiene que ver con la confusión que se genera sobre el límite de las diversas potestades y el control jurídico de los tribunales.

IV. EL PARADIGMA DE LA DEFERENCIA EN EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: ANÁLISIS DEL CASO CHILENO.

Esta parte de la investigación tiene como presupuesto el problema central que el último párrafo ha dejado establecido, y que es el hecho de que es en el control judicial de la administración donde el concepto de deferencia tiene sus mayores problemas de justificación, por ser precisamente ese control jurídico una forma históricamente validada de equilibrio de poderes y, en general, de aseguramiento del Estado de Derecho. En ese sentido, nuestra labor ahora consistirá en aplicar dicho concepto a la luz de las diferentes nociones que se tienen sobre el control judicial de la Administración en nuestro propio país, para efectos de comprender las reales implicancias que podría tener una teoría de la deferencia en el derecho administrativo

en tanto su paradigma fuera justamente una noción de equilibrio de poderes que respete el principio democrático.

Dichas nociones no son otras que las diferentes formas institucionales en que el conflicto entre el control judicial y la Administración se materializan. Ellas son, justamente, las ya citadas a propósito de las formas de analizar la deferencia (y que en el caso de Daly se intenta forma parecida)⁹¹: por un lado, (i) el problema de la discrecionalidad administrativa y su relación con el control judicial; (ii) también, y por otro lado, los distintos procedimientos y estándares sobre los cuales el juez puede controlar a los actos de la administración; (iii) y, por último, también la importancia que tiene en las diferentes formas de control la especialidad que tenga el órgano de control, y que implica muchas veces formas absolutamente distintas de acercamiento a la decisión que se controla.

Será este esquema el que utilizaremos para plantear los diferentes conflictos que se han dado en el sistema chileno sobre el control judicial de la administración. Sólo a través de este tipo de comprensión, es que entendemos que se puede vislumbrar la conflictiva existencia de la deferencia en materia administrativa, en tanto se da de formas tan disímiles que son de difícil sistematización. Por ello, sólo una comprensión de los fundamentos más definitivos de la relación entre jueces y administradores puede darnos luces de en qué estado está la deferencia en nuestro

⁹¹ Véase nota 83

Derecho, y, en definitiva, cuál es la comprensión de los jueces sobre los fundamentos democráticos e institucionales de su propia labor de control.

a. La discrecionalidad administrativa y su relación con la deferencia

En primer lugar, tal como hemos señalado, toca revisar los conflictos que la idea de “discrecionalidad” amerita para el control judicial de la administración. Estos conflictos, dadas las diferentes maneras en que se producen, los trataremos de forma separada, a fin de establecer: en primer lugar (i) cuáles son los fundamentos jurídico-institucionales de la potestad discrecional, para luego comprender (ii) las distintas formas de discrecionalidad administrativa, y finalmente (iii) establecer cuál es la relación básica y conceptual entre el control de la potestad discrecional y el problema de la deferencia a actos administrativos.

1. Definición y fundamentos de la discrecionalidad en materia administrativa

La discrecionalidad en la aplicación de una regla parece ser, tal como ya se ha esbozado⁹², un problema básico del Derecho Moderno en tanto éste no puede evitar, dados los propios fundamentos en que está construida la labor de interpretación de

⁹² Véase especialmente el capítulo dedicado a la distinción entre Derecho y Moral y el problema de los conceptos jurídicos indeterminados.

las reglas jurídicas, un cierto margen sobre el cual la norma no contemple soluciones posibles. Es a este problema al que refiere en general la teoría del derecho cuando se discute sobre la legitimidad última de una decisión que, a todas luces, el derecho no contempló expresamente. Así, en lo que refiere al concepto de discreción, lo importante es definir que es un concepto esencialmente relativo: siempre depende el contexto normativo sobre el cual estamos hablando. Habrá discreción sólo en la medida en que hay un contexto de normas sobre el cual uno se pregunta si hay un espacio en ellas que no esté expresamente considerado y reglado. En ese sentido, la distinción ya expuesta entre “*discrecionalidad en sentido fuerte*” y “*discrecionalidad en sentido débil*”, dada por Ronald Dworkin⁹³, cobra relevancia porque identifica formas de discrecionalidad legítimas y formas no legítimas de la misma, justamente en relación a una norma en particular que le sirva de sustento.

La distinción anterior no es baladí, por cuanto la discusión histórica sobre la discrecionalidad administrativa, tal como la expondremos, se plantea justamente definir cuál es el límite de legitimidad que este tipo de potestades tendría⁹⁴. Así, la discrecionalidad en sentido fuerte implicaría, para Dworkin, una situación en la que un funcionario “*no simplemente (...) debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para*

⁹³ Véase nota 11

⁹⁴ Ello está muy bien planteado en el notable trabajo de Rubén Saavedra, quien expone introductoramente cómo la doctrina administrativa ha señalado a nivel histórico la relevancia del problema de la discrecionalidad para la concepción misma del Derecho Administrativo. *Vid.* SAAVEDRA, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa: Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2011. Impreso, pp. 1-8

*afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión*⁹⁵. Por su parte, hablamos de una discrecionalidad en sentido débil “*simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen un discernimiento*”⁹⁶. La diferencia esencial entre estos dos tipos de relación con la norma está justamente referida a la posibilidad de estar sujeto o no el funcionario —o quien aplica la norma— a algún estándar de razonamiento que guíe su actuar.

Ello conecta, por supuesto, a la discusión que sobre este concepto se ha dado históricamente en el Derecho Administrativo. En éste, y a través del concepto de potestad, se ha intentado dilucidar la diferencia entre una potestad discrecional y una potestad reglada. Así, la Administración puede estar regida por normas que la vinculan expresa y minuciosamente en todas sus formas de actuación en una determinada materia, como lo puede ser, en el caso de Chile, por ejemplo, el otorgamiento de una cédula de identidad por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación. En este caso, el procedimiento depende simplemente del hecho de que, cumpliendo los requisitos que exige la Ley⁹⁷ y constatando en la práctica estos, el Servicio debe otorgar la cédula, sin necesidad alguna, por tanto, de cuestionar o emitir un juicio del que dependa la situación jurídica, ni de elegir entre diversas

⁹⁵ DWORKIN (1984), p. 85 (énfasis agregado)

⁹⁶ Ibidem, p. 84

⁹⁷ Ello según el propio Decreto con Fuerza de Ley N° 2128, que aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil

opciones, y sobre la cual simplemente queda obligado a otorgar la correspondiente cédula en caso de cumplirse los supuestos de hecho, u obligado a no hacerlo en caso contrario. Cada actuación del Servicio, a su vez, está profundamente regulada en la Ley y su reglamento, y en ese sentido su procedimiento se da de una forma meramente “automática”, es la mera aplicación de las palabras de la Ley. Es el ejemplo mismo de lo que entenderíamos como “Poder Ejecutivo”.

Por otro lado, existen casos en que las propias normas no dejan ver ni abarcan todas las situaciones posibles en que rigen o, simplemente, otorgan a la administración la “facultad” de interpretar dichas situaciones a la luz de los principios o del propio ordenamiento que las rija. Son este tipo de situaciones –que trataremos en detalle con ejemplos más adelante-, las que históricamente la doctrina ha (i) o validado expresamente como necesarias, (ii) o cuestionado como excesivamente sospechosas. Es esta discusión la que ha ameritado, sin duda, alguna de las discusiones más interesantes a nivel comparado en el Derecho Administrativo, y que se expresó por ejemplo en la disputa en la doctrina española entre Ramón Fernández y Parejo Alfonso⁹⁸.

En definitiva, de lo que se trata es de entender que, por un lado, la potestad reglada restringe a la Administración simplemente a la constatación del supuesto de

⁹⁸ En la misma, sus libros dan cuenta de las distintas posturas que se tienen sobre el concepto de deferencia: como necesario para el actuar de la administración, o como potencialmente atentatorio de los derechos de las personas. Véase FERNÁNDEZ (2008); y PAREJO (1993).

hecho que la norma necesita para que la potestad opere. En cambio, la potestad discrecional implica en la aplicación de la norma un juicio de la Administración que va más allá de la mera letra de la Ley, y que implica analizar y decidir sobre una multiplicidad de alternativas que ésta le ofrece.

Sin embargo, para efectos de esta investigación, no es central exponer la disputa entre las distintas visiones sobre la discrecionalidad, sino que comprender cuál es la relevancia de la discrecionalidad como cuestión que, en los hechos, está absolutamente difundida en nuestro ordenamiento. En este sentido, lo relevante – dada la constatación de que a estas alturas sería irrelevante preguntarnos de si es necesaria o si debe existir- es definir cuáles son los estándares básicos que el titular de la potestad discrecional debe tener para efectos de actuar no sólo conforme al Derecho, sino que también actuar de forma legítima, y en ese sentido dilucidar también el estándar que debe seguir el control de la misma⁹⁹.

Para efectos entonces de comprender los fundamentos de la misma, hay que señalar algunos presupuestos básicos sobre los cuales éste se erige, y que la doctrina ha identificado de la siguiente forma¹⁰⁰:

(i) En primer lugar, la discrecionalidad no es una cualidad de la cual se podría predicar globalmente sobre una potestad, sino que es más bien producto de algunos elementos de dicha potestad. En palabras simples, no toda potestad administrativa o

⁹⁹ De esta opinión es CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Legal Publishing, 2015. Impreso, p. 83

¹⁰⁰ Sobre éstos, ver: CORDERO VEGA (2015), pp. 84-86

de un órgano administrativo es absolutamente discrecional, sino que tiene elementos tanto reglados como discrecionales.

(ii) Así también, la discrecionalidad no es un producto del otorgamiento de un ámbito de “libertad” a la administración, sino que es más bien una consecuencia directa de una normativa consciente sobre la misma. En este sentido, la discrecionalidad no una “laguna” (si es que creemos que estas existen), sino que es el resultado de una elección deliberada del legislador¹⁰¹.

(iii) Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la discrecionalidad administrativa no puede ser confundida con la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. Si bien en ello no habría acuerdo en la doctrina¹⁰², podemos comprender que la existencia de este tipo de conceptos es inevitable en nuestro sistema jurídico moderno, y lo que fundamenta a la discrecionalidad administrativa es una decisión consciente de dar a la Administración libertad en la aplicación de una regla sobre ciertos supuestos de hecho. La existencia del concepto jurídico indeterminado, en cambio, es una labor de interpretación que es absolutamente perfectible y realizable no sólo por el órgano administrativo –que necesariamente debe hacerlo, en ciertos casos, para actuar conforme a la norma-, sino también por parte del juez, como esencial labor interpretativa de su potestad jurisdiccional¹⁰³.

¹⁰¹ En este sentido, véase GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Madrid: Civitas, 2002. Impreso, p. 456

¹⁰² SAAVEDRA (2011), p. 16

¹⁰³ Sobre esto, Cordero señala que ello puede ocurrir “*sin desconocer el margen de deferencia de experto que es posible de reconocer en la Administración en casos de decisiones de experto*”, en CORDERO VEGA (2015), p. 85. Acerca de ello nos remitiremos más adelante en la última parte de este capítulo.

(iv) Finalmente, los fundamentos de la discrecionalidad supondrían justamente la creación de un ámbito de “indiferencia relativa”: *“En los supuestos remitidos a su decisión, la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas igualmente válidas”*¹⁰⁴. Dado que es una decisión consciente del legislador de dar un cierto ámbito de posibilidades a la elección administrativa, ésta supone justamente entonces que dicha decisión sea expresamente legítima, porque justamente está basada en la propia Ley.

Y es precisamente en este ámbito en que el concepto de deferencia hace su entrada expresamente. Si es legítima la decisión en la medida en que se ajusta a la propia intención de la ley de dar una cierta esfera de acción sobre la cual la Administración pueda decidir, entonces el control de la misma decisión debe ser respetuoso de dicha decisión. Mas ese respeto –en forma, como hemos visto en los inicios de la investigación, de “deferencia epistémica”- dice relación meramente con la esfera de acción que la propia Ley le otorga al órgano administrativo. En ese sentido, la discrecionalidad –como hemos señalado al inicio de este apartado, sobre el concepto de discrecionalidad en sentido fuerte- no puede ser absoluta. La “indiferencia relativa” implica entonces, un ámbito de deferencia determinado del juez u organismo de control de la decisión administrativa, pero correlativamente también señala una esfera en la cual esa deferencia no puede ser tal: desde donde el

¹⁰⁴ *Ibidem*.

acto administrativo “discrecional” no puede alejarse. Como veremos al final de este apartado, sólo basados en estos supuestos de existencia de la discrecionalidad administrativa es que podemos hablar del concepto de deferencia como un concepto jurídico correlativo a la misma.

2. Tipos de discrecionalidad administrativa

Hay que advertir, en primer lugar, que lo que trataremos aquí como tipos de discrecionalidad no refiere a la categorización ya desarrollada entre discrecionalidad en sentido fuerte y discrecionalidad en sentido débil. Esto, porque el sentido de esa distinción es justamente delimitar qué tipo de discrecionalidad en el derecho es “legítima” (en la medida en que sigue un estándar jurídico), y cuál no, porque justamente no tiene porqué seguir ningún estándar.

Así, la distinción que haremos es más bien en el núcleo de la discrecionalidad administrativa “legítima”, o que sigue estándares, y que hemos trabajado en el apartado anterior definiendo sus elementos característicos e históricos. Evitando además la discusión sobre si habría un concepto unívoco o no de discrecionalidad en el derecho administrativo actual¹⁰⁵, propondremos una tipología básica sobre las distintas formas de discrecionalidad que aúna, de cierta manera, todas las posturas

¹⁰⁵ Tesis planteada básicamente por SÁNCHEZ MORÓN (2014), p. 121

sobre las mismas¹⁰⁶: (i) la discrecionalidad de política pública –que incluiría bastantes de las categorías planteadas por Sánchez Morón-, y la (ii) discrecionalidad técnica. A continuación plantearemos un breve esbozo de las mismas y señalaremos su importancia para la comprensión de la deferencia¹⁰⁷.

2.1. Discrecionalidad de política pública:

Una de las principales formas que adopta la discrecionalidad se verifica en las potestades más generales que tiene la Administración, y que no son otras que las de planificar, aplicar, crear o ejecutar políticas públicas en razón de los fines centrales que tiene la Administración del Estado. En este sentido, la discrecionalidad de la Administración parece ser un supuesto absolutamente básico de la facultad misma que tiene ésta para actuar en la economía y en la vida social.

En primer lugar, habría que distinguir este tipo de discrecionalidad de una mera discrecionalidad *política*, que sería “*aquel conjunto de decisiones políticas del Gobierno en materia económica y también en aquellas materias administrativas que tengan un componente*

¹⁰⁶ Esta tipología es la expuesta por CORDERO (2015), pp. 85-86, mas tiene como presupuesto justamente la tipología planteada por Sánchez Morón, el cual expone siete supuestos-tipos de discrecionalidad, no siempre puros: la *discrecionalidad reglamentaria* (potestad que es discrecional por definición); de *planificación* (al aprobar planes); de *iniciativa* (creación de servicios, promoción de actividades públicas, establecimiento de prestaciones y de medidas de fomento y asistencia); *discrecionalidad política “stricto sensu”*, que son las decisiones administrativas donde más hay un criterio público de aplicación a un caso concreto; la *discrecionalidad técnica*, en donde la Administración tiene un margen para adoptar una decisión sobre la base de una valoración técnica; *discrecionalidad táctica*, que es aquella que consiste en el margen para adoptar decisiones rápidas y eficaces ante situaciones de hecho que así lo requieren (peligro para la salud pública; movimientos especulativos con la moneda, etc.); y finalmente la *discrecionalidad de gestión*, que es una especie, se dice, de cajón de sastre que recoge aquellas decisiones en que hay discrecionalidad pero que son difíciles de clasificar. Ver CIRIANO VELA, César; *Administración Económica y Discrecionalidad*. Valladolid: Edit. Lex Nova, 2000. Impreso., p. 259, nota 311.

¹⁰⁷ En otro sentido, SAAVEDRA señala otros tipos de discrecionalidad adicionales que no describiremos explícitamente, pero que es posible tener en cuenta para la discusión expuesta. Señala que las clases o tipos de discrecionalidad serían por un lado (i) la discrecionalidad administrativa propiamente tal o pura; (ii) discrecionalidad reglamentaria; (iii) discrecionalidad de planificación; (iv) discrecionalidad de iniciativa; (v) discrecionalidad política *strictu sensu*; (vi) discrecionalidad táctica; (vii) discrecionalidad de gestión; (viii) discrecionalidad técnica.

político”¹⁰⁸. Y el elemento que definiría a éstas sería justamente, dado lo político de sus decisiones, es que “*en estos casos el grado de regulación jurídica, la densidad normativa, es claramente menor*”¹⁰⁹. En este sentido, lo que debemos señalar en torno a este tipo de discrecionalidad es que, en muchos casos, se cree a esta como una forma de “discrecionalidad en sentido fuerte”¹¹⁰.

Sin embargo, debemos rechazar esta idea porque ello –su discrecionalidad fuerte o débil- depende en gran medida del nivel normativo sobre el cual la potestad está construida. En ese sentido, una potestad como la de una comisión de evaluación en una licitación, por ejemplo, no implica necesariamente que haya una suerte de decisión sin estándares previos, sino que necesita, justamente, de una justificación adecuada y del seguimiento de las reglas procedimentales (en tal caso, las Bases de la Licitación) y de probidad administrativa que rijan para su decisión.

No es el mismo caso, cuando hablamos de potestades plenamente políticas, como por ejemplo la decisión la decisión de la Presidenta Michelle Bachelet de designar a diversas personas de nuestro país como miembros del Consejo Ciudadano de Observadores del Proceso Constituyente¹¹¹, por cuanto en este caso particular, la decisión si bien puede y debe tener una justificación determinada, esta justificación – y por tanto los estándares sobre los cuales se rige la decisión- es meramente política,

¹⁰⁸ CIRIANO VELA (2000), p. 263

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ CORDERO (2015), p. 85

¹¹¹ Para ello, Véase “Presidenta nombra a integrantes del Consejo Ciudadano de Observadores”: <http://www.gob.cl/2015/12/02/presidenta-nombra-a-integrantes-del-consejo-ciudadano-de-observadores/> [visitado el día 2 de Diciembre de 2015]

en el entendido de que se plantea como una solución a problemas particulares de determinados grupos –y no de otros- por razones que exceden lo netamente jurídico.

La pregunta sobre este tipo de discrecionalidad, entonces, siempre irá referida a la posibilidad de su control, en especial de su control jurídico. Como hemos establecido ya en lo referido a actos políticos, la frontera entre una decisión administrativa –controlable entonces siguiéndose todos los estándares que rigen para tales actuaciones- y una decisión política es muchas veces confusa. En ese sentido, el problema de la frontera entre el elemento jurídico y político refiere a que mientras más política es la decisión, es mayor la discrecionalidad y, en ese sentido, menos adecuado es el control jurídico de la misma¹¹². Inclusive, podríamos pensar que este tipo de decisiones se deberían incluir en la esfera, precisamente, de los actos políticos o de gobierno, en desmedro de su control como actos administrativos¹¹³. Sin embargo, como ya hemos señalado, hay que tomar en cuenta que no toda decisión de política pública -y más bien la gran mayoría de ellas-, es puramente política, y por tanto la idea de discrecionalidad administrativa de estas decisiones nos da luces para que, efectivamente, podamos controlar dichas decisiones de una forma más verosímil que el mero control político-ciudadano de los actos de gobierno o actos políticos.

¹¹² En este sentido se pronuncia el propio Sainz Moreno, al entender que las decisiones son “*discrecionales en la medida en que las opciones entre las que se mueven sólo se resuelven por criterios políticos*”. En este sentido, tal tipo de decisiones “*se trata[n] de una medida discrecional desde el punto de vista jurídico, porque no se toma en base a un criterio jurídico*”. Véase CIRIANO VELA (2000), p. 266, nota 314

¹¹³ *Ibidem*.

2.2. Discrecionalidad técnica:

Basándonos en la definición que nos da Desdentado, hablamos de decisiones de carácter técnico cuando “(...) *queremos hacer referencia a actividad de búsqueda de respuestas a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, es decir, de conocimientos de los saberes especializados*”¹¹⁴. En este sentido, las apreciaciones técnicas tienden a ser “*apreciaciones “heterónomas”, porque no descansan únicamente en criterios de preferencia del sujeto que las realiza, sino en criterios determinados y basados en observaciones de naturaleza técnica*”. Estas, por tanto, pueden ir desde la decisión de una Comisión de Evaluación sobre una mejor oferta en un Concurso o Licitación, a la dictación de una Resolución de Calificación Ambiental, y basan su supuesta discrecionalidad justamente en dicha apreciación de carácter “objetivo” sobre los hechos del caso.

Como veremos, su naturaleza es perfectamente cuestionable, a la par con la de la discrecionalidad de política pública, porque la decisión técnica puede ser, para algunos, altamente opinable y tener grandes márgenes de apreciación sobre el caso concreto. Para otros, el término “discrecionalidad técnica” sería incluso un contrasentido, por cuanto una decisión de carácter técnico implicaría justamente un alto estándar normativo sobre el que se rige la decisión, por lo que en general no habría discrecionalidad en materias de carácter exclusivamente técnico.

¹¹⁴ DESDENTADO, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona: Edit. Aranzadi, 1999. Impreso, p. 137

Sin embargo, nos basaremos en la posición que más bien identifica la discrecionalidad técnica como una realidad, y la problematiza. Así, muchos casos, como identifica Sánchez Morón¹¹⁵, esta potestad estaría guiada por conceptos jurídicos indeterminados (justo precio, oferta más ventajosa, o cuestiones relativas a salud pública o medioambiente), los que en su concreción o aplicación al caso concreto implican la mayoría de las veces apreciaciones altamente opinables e inciertas. Esta cualidad de las decisiones de carácter “técnico”, según el mismo autor, implicaría que *“salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces”*¹¹⁶.

Ahora bien, Sánchez Morón señala que el “necesario respeto” que debería tener este tipo de decisiones debe ir de la mano, sin duda alguna, de un estricto control sobre sus garantías, procedimientos y formas de actuación a la luz de las normas que rijan la decisión. Indica que es justamente en estos casos –a diferencia de los de política pública- donde rige plenamente el principio de objetividad de la Administración o de imparcialidad del funcionario¹¹⁷, el que implica justamente tener

¹¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN (2014), p. 129

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

en cuenta todos los aspectos que rigen la decisión: los aspectos organizativos, procedimentales y de garantías mínimas.

Por otro lado, Eva Desdentado también identifica con esta discrecionalidad dichos casos en los que podríamos entender que la decisión deba concretizar un concepto jurídico indeterminado a través de la decisión de carácter profesional y técnica del órgano encargado de la misma¹¹⁸. Mas, también en dichos casos se entendería que dicha decisión no es una decisión discrecional “de carácter fuerte”, por cuanto en la medida en que está regida por reglas y estándares exigentes, es una decisión que compete más bien a ese órgano por la naturaleza de su especialización¹¹⁹. Sin embargo, Desdentado va más allá al afirmar que este tipo de potestades que otorga la Ley a la Administración no sólo no son de discrecionalidad fuerte, sino que tampoco son “opinables” en la mayoría de los casos, por cuanto dicha cualidad de opinables es más bien identificable en prácticamente toda decisión de carácter jurídico, por lo que no podemos fundamentar la falta de control de la decisión en dicha cualidad de la misma¹²⁰.

En este sentido, Desdentado es más bien crítica de la idea de que habría una suerte de “velo” sobre la decisión administrativa de carácter técnico, sobre la cual no debería haber control alguno por parte del juez, ya que, expone, los tribunales

¹¹⁸ DESDENTADO (1999), p. 140

¹¹⁹ *Ibidem*

¹²⁰ *Ibidem*, p. 142

contenciosos administrativos, al serle presentados los casos –y en base al principio de inexcusabilidad que les rige, al igual que en nuestro ordenamiento-, no pueden sino que regirse precisamente en la prueba pericial que se les otorgue para decidir sobre la controversia. En ese sentido, la valoración del juez es necesaria, señala, y no habría “[n]inguna razón (...) para que se autolimiten en el control y sustitución de la valoración administrativa”¹²¹.

Así, debemos comprender que todavía hay una controversia pendiente sobre cuál es nivel de control que deben tener los actos discrecionales, tanto a nivel de políticas públicas –y su límite tan polémico con los actos políticos-, como a nivel de decisiones técnicas y su (in)justificado control jurídico.

3. El problema del control de la discrecionalidad y su relación con la deferencia

La pregunta sobre la discrecionalidad no refiere entonces a si es controlable o no, sino a los límites de tal control –en el entendido de que una falta de control, dado que por su propia naturaleza son actos administrativos, sería propiamente inconstitucional e iría en contra de los propios principios que estructuran nuestro

¹²¹ DESDENTADO (1999), p. 143

ordenamiento jurídico administrativo-. Y es en los matices de ese control donde claramente la noción de deferencia, y sus fundamentos en la propia idea de separación de poderes, juega un papel clave¹²².

3.1. La relación (proporcional o inversa) entre control jurídico y discrecionalidad.

Así, si nos fijamos en lo que hemos presentado como una proporcionalidad inversa entre control judicial y discrecionalidad –a más discrecionalidad, menos control, para algunos- la doctrina comparada lo ha llamado “la paradoja de las reducciones”: *“Aunque nadie sustente hoy –como antiguamente- la irrevisibilidad in totum de la discrecionalidad administrativa, pareciera que cuando se achica el campo de lo que antes se concebía como discrecional, aumenta el margen de control judicial y viceversa. Este fenómeno puede describirse como la paradoja de las reducciones, dado que, en algunas teorías o posiciones doctrinarias, la reducción del concepto responde a la idea de mantener inmunes al control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad del Ejecutivo calificadas como actividad discrecional o privativa”*¹²³. Sin embargo, para otros, como el propio Ramón Fernández, mayor discrecionalidad

¹²² En efecto, el propio CORDERO (2015), p. 86, señala que “(...) está en juego la idea inminente de separación de poderes o reservas institucionales establecidas en la Constitución (hay cosas que hace la Administración que no pueden hacer los jueces), la plenitud del derecho como estándar de control (no existen zonas exentas) y la deferencia técnica que es necesaria en un sistema de decisiones (la visión expertocrática de la Administración)”. El símil de esta afirmación con los propios fundamentos de la idea de deferencia que hemos expuesto en la primera parte de nuestro trabajo sólo hablan de una noción común que habría en torno a los problemas que trae aparejado el control jurídico de parte de un órgano constitucionalmente autónomo del otro.

¹²³ CASSAGNE, Juan Antonio. *La discrecionalidad administrativa*. Disponible en línea en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf [visto el 26 de Noviembre de 2015], p. 2

implica, justamente, mayor control, con el fin de que dichas actuaciones no alteren la vida ni los derechos de los ciudadanos de forma ilegal o arbitraria¹²⁴.

También, y como ya lo hemos resaltado al final del último apartado, ésta es una discusión que aún no está zanjada, y sobre la cual históricamente discurrirán tanto las visiones más judicialistas (que identifican incluso a la sustitución de la decisión administrativa por el juez como una necesidad), como las visiones más restrictivas del control judicial -como se ha expuesto en la visión de Sánchez Morón-. En el campo, por ejemplo, de la discrecionalidad técnica, y en el contexto de la famosa polémica española¹²⁵, a estos efectos, un artículo más que reciente de Tomás Ramón Fernández¹²⁶ llevaría nuevamente a la antigua noción de que la idea de discrecionalidad técnica es una absoluta contradicción y su existencia sería meramente producto de una discusión doctrinal que creó un concepto espurio, y sobre el cual sería más adecuado hablar de “apreciaciones técnicas”, por cuanto, según dicho autor, dicha discrecionalidad no existiría.

3.2. Tipos y formas del control de la discrecionalidad

¹²⁴ FERNÁNDEZ (2008), pp. 178-196

¹²⁵ Ver la excelente exposición de la polémica por la propia DESDENTADO (1999), pp. 197 a 211.

¹²⁶ *La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece*. RAP, núm. 196, Madrid, enero-abril, 2015. Impreso, pp. 211-227

Sin embargo, lo relevante sobre esta cuestión es que en nuestra propia doctrina dicha discusión es prácticamente nula. Si bien podemos creer que la discusión sobre discrecionalidad la ha “agotado” conceptualmente la doctrina española, sus consecuencias para una comprensión más basta del control judicial de la Administración no han sido para nada sopesadas. El problema sobre los límites de tal control judicial es sin duda materia más que palpable en la jurisprudencia actual de nuestro país, y nos lleva sin duda a la pregunta sobre la necesidad de una teorización más acabada sobre el concepto de deferencia que tenga como fin reorganizar la discusión en torno a la labor del juez en el derecho administrativo chileno.

En nuestra doctrina, el propio Saavedra señala acotadamente cómo el problema del control judicial de la discrecionalidad pasa por dos cuestiones esenciales: por un lado, refiere a la *intensidad del control*, pero por el otro también refiere al control *anulatorio o sustitutivo de la decisión administrativa*¹²⁷. Esta distinción nos parece absolutamente relevante, ya que da cuenta de cómo la cuestión referida a la deferencia judicial ante decisiones discrecionales pasa ya sea por un excesivo control de la decisión misma –en la utilización de las técnicas, que expondremos a continuación-, o por la forma que utiliza el juez o quien controla la decisión para cuestionar la misma: ya sea a través de la anulación de la decisión administrativa, o incluso, para algunos¹²⁸, la sustitución. Esta última opción, que se basaría expresamente en el derecho

¹²⁷ SAAVEDRA (2011), pp.86-97

¹²⁸ El mejor exponente, claramente, es FERNÁNDEZ (2008), p. 98-99

constitucional a la tutela judicial efectiva –en el caso español- que deben tener las decisiones administrativas, pasa efectivamente como una forma de evitar la distinción entre acciones anulatorias y acciones de plena jurisdicción, que en nuestro ordenamiento, creemos, excedería los propios límites de la jurisdicción en materia administrativa y sería muchas veces un caso explícito de activismo judicial.

En nuestra doctrina, además, tanto Pierry como el propio Cordero, avalan la tesis de que es en el estándar de control de la discrecionalidad donde, finalmente, está la verdadera discusión¹²⁹. Se identifica, por tanto, distintos tipos de control sobre la discrecionalidad, y es en la discusión sobre ellos donde se generan las diferencias. En ese sentido, si bien la historia y origen de estas técnicas es relevante¹³⁰, nos centraremos en exponerlas de forma acotada a propósito de cuáles pueden ser los principales problemas que generan en la discusión comparada y nacional:

(i) El control de elementos reglados: Sin lugar a dudas, es el tipo de control menos polémico y conflictivo en lo que refiere a la discrecionalidad administrativa. Y es que parece evidente que el control, por parte del órgano que lo lleva a cabo¹³¹, de los elementos básicos que la propia ley establece para la decisión debe ser absoluto y definitivo. Así, el acto puede ser anulado –sanción básica en la mayoría de los casos-

¹²⁹ CORDERO (2015), p. 86; PIERRY ARRAU, Pedro. *El control de la discrecionalidad administrativa*. Revista de los Jueces, año 18, N° 4, primer semestre, 1987. Impreso, pp. 18-32. Citado por ALARCON JAÑA, Pablo Andrés. *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000. Impreso. En el mismo sentido también, OELCKERS CAMUS, Osvaldo. *El principio de legalidad. El contenido y alcance del principio de legalidad en las actuaciones de la 185 administración del estado*. En: *La administración del estado de Chile*, Decenio 1990 – 2000, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago: Editorial Cono Sur Ltda., 2000. Impreso, 780 p.

¹³⁰ Sobre ello, véase SAAVEDRA (2011), pp. 101-105

¹³¹ Aquí no hay ninguna diferencia en lo que respecta al estándar de control que se requiere tanto en Contraloría General de la República, como en Tribunales ordinarios. En ese sentido: CORDERO (2007), pp. 63-66, 161-167

, por (i) carecer de competencia el organismo que toma la decisión, que se puede dar tanto porque infringe la normativa para el empleo de dicha potestad, o porque adopta medidas que no están contempladas dentro del contenido material de su competencia; por (ii) falta de potestad para resolver el asunto específico; o por utilización de su potestad para fines distintos de los previstos en la norma que la atribuyó (que es el famoso vicio de la desviación de poder)¹³².

(ii) El control de los hechos: Por otro lado, refiere principalmente a la existencia y realidad de los supuestos de hecho sobre los cuales la potestad se sustenta¹³³. Si bien parece un control más polémico, en general el control de los hechos se refiere –si es que estamos en presencia de jueces no tan activistas- a la constatación de que la Administración actuó en los supuestos de hecho que la propia norma exige, es decir, es una forma más de control de elementos reglados¹³⁴. Pero es más bien en este supuesto donde se dan las mayores diferencias en lo que respecta a la determinación de la necesidad de deferencia o no. Si bien se justifica este control en el hecho de que Administración no puede tergiversar la propia realidad para poder actuar de una o cierta forma determinada¹³⁵, y el control jurídico en ese sentido es absolutamente legítimo, cuando se sobrepasa esa frontera por parte del juez, exigiéndose aún más cuestiones que lo relativo a la mera existencia del supuesto de

¹³² Fuente en CORDERO (2015), p. 86

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ El propio PIERRY señala que “*si la Ley ha querido que un determinado acto sólo pueda ser dictado en presencia de determinados hechos, le corresponde a quien controle la legalidad entrar a conocer de la exactitud o inexactitud de tales hechos. (...) Si la Administración ha basado una decisión discrecional en determinados hechos, su control forma parte del control de la legalidad de aquella decisión*”, en PIERRY (1987), p. 177

¹³⁵ CORDERO (2015), p. 87

hecho, es cuando estamos en presencia de un peligro de sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial. Así, se señala que el control de los hechos podría consistir en distintos tipos: (i) el control de la exactitud material de los hechos; (ii) el control de la calificación jurídica de los hechos; (iii) y el control de la apreciación de los hechos¹³⁶. Es sin duda esta última técnica –que reviste ya parámetros del control de méritos o de oportunidad- la más cuestionable, ya que ante el más mínimo grado de razonabilidad de la actuación de la Administración, el tribunal debería limitarse a ser deferente a la misma, cuestión que muchas veces en este tipo de control no ocurre¹³⁷.

(iii) El control de los fines: Justamente lo anteriormente dicho se da, para algunos, en el control jurídico de los fines del acto, cuando estos implican controlar la oportunidad de los mismos¹³⁸. Éste tiene como presupuesto el hecho de que la potestad administrativa sólo debe cumplir los fines que la propia Ley le ha conferido para ejercer sus funciones, y como hemos señalado, ello nos lleva directamente a uno de los vicios más clásicos en materia administrativa: *la desviación de poder o de fin*¹³⁹. Este vicio fue en muchos casos la primera fórmula de anular los actos administrativos por considerarlos ilegales por vicios de fondo, y se puede dar tanto porque una decisión

¹³⁶ SAAVEDRA (2011), pp. 114-119

¹³⁷ SAAVEDRA (2011), pp. 119-120

¹³⁸ DESDENTADO (1999), p. 211 a 253.

¹³⁹ Sobre ésta, Cordero señala que como técnica de control de la validez de los actos de la Administración, la desviación de poder nació en Francia y se desarrolló en la jurisprudencia del Consejo de Estado de dicho país, desde 1852, bajo la idea de que esta causal, como vicio, se produce cuando se utilizan potestades para fines distintos de los previstos en la norma que la había otorgado. Sobre ello, los casos de la Corte Suprema que cita el autor son bastante ilustrativos de la influencia que dicha doctrina francesa ha tenido en nuestro país. En CORDERO (2015), p. 87

se adopta para meros fines personales encubiertos como fines públicos, como porque tal decisión puede servir a un fin público, pero no a aquél que le encomienda la ley que habilita la potestad para decidirlo¹⁴⁰.

(iv) Control de razonabilidad: Por último, es también en el control de razonabilidad donde se dan las mayores diferencias¹⁴¹, debido a que no sólo el estándar de razonabilidad a utilizar puede no estar demarcado en la Ley u ordenamiento, y debe ser una construcción que el propio juez utilice, sino también por la propia existencia de un control sobre una razonabilidad que vaya más allá del mero rechazo de las decisiones “manifiestamente irracionales” o “carentes de motivos”¹⁴². Es en base a este control, muchas veces utilizando lo preceptuado para el principio de proporcionalidad, que las sentencias judiciales han revisado el mérito de los asuntos discrecionales¹⁴³.

3.3. La discrecionalidad administrativa como pilar de la discusión sobre deferencia judicial

¹⁴⁰ CORDERO (2015), p. 88

¹⁴¹ DALY (2012), pp. 21-26; véase también lo dicho por este autor en relación a la relación entre discrecionalidad y deferencia: DALY (2012), pp. 255-266

¹⁴² CORDERO (2015), p. 89

¹⁴³ Existen adicionalmente otras formas de control interesantes, como lo son, por un lado, el control por principios generales del derecho (que se realiza de una forma abstracta por parte del juez, y que busca justamente la adecuación a principios aceptados generalmente en el ordenamiento, cuestión que en principio no genera ningún problema de legitimidad, dada la necesaria aplicación de los principios jurídicos para desformalizar muchas veces las discusiones judiciales, y que implica claramente una aplicación fundada y racional de los mismos por parte del juez); y por otro lado, la llamada *técnica del balance coste-beneficios*, que es aplicada en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, y que implica ya explícitamente no sólo un control de legalidad sino una verificación y análisis de las ventajas y desventajas, y un evidente control de oportunidad y mérito. *Vid.* SAAVEDRA (2011), pp. 120-156

Lo ya presentado, eso sí, representa un primer alcance hacia la relación entre la deferencia y la discrecionalidad administrativa. En ningún sentido puede interpretarse que esta relación es una científicamente acabada y, por tanto, las reales consecuencias de lo que entendemos como una correlación intrínseca entre la deferencia y el control judicial de la discrecionalidad parten por comprender que lo que presentamos aquí como “deferencia” poco y nada tiene que ver con la propia visión que tienen los jueces de sus propias potestades de revisión.

Sin embargo, sólo un análisis más acabado –imposible para las pretensiones de esta investigación- sobre la jurisprudencia chilena en materia de discrecionalidad, puede darnos luces de qué tan efectivo es este concepto para delimitar la labor de los jueces chilenos¹⁴⁴; en ese sentido, comprender que hay discrecionalidad pasa por develar –ésta es nuestra tesis- si hay una esfera de decisión en que el juez comprenda que, dado que la decisión administrativa eligió legítima y legalmente entre diversas opciones dadas a su potestad, no tiene por qué entonces sustituir –o anular, cuando ese control se extiende más allá de lo que debe- dicha decisión. Y ése, por supuesto, es el principio básico de la deferencia.

Es por ello que creemos que uno de los dos pilares donde se da más fuertemente la discusión sobre deferencia es justamente en el control de la

¹⁴⁴ Ello en cierto sentido lo realiza notablemente SAAVEDRA (2011), pero resta analizar más bien cómo es que en la relación misma entre deferencia y discrecionalidad se dan interesantes motivos para hablar de equilibrio entre poderes y, sobre todo, de diseño legal de las potestades públicas en materia de control jurídico.

discrecionalidad administrativa. El otro pilar de la discusión sobre deferencia, y como hemos ya expuesto, lo representa el control macro de normativa y de potestades reglamentarias o legales de un órgano, que hemos expuesto en lo relativo al control de actos políticos y de actos legislativos, pero que en lo aplicable a actos administrativos tiene una fuerte importancia dado, por un lado, el control jurídico que se le da en ciertos casos a los jueces o a la Contraloría sobre este tipo de actos, o la importante influencia que tienen los recursos de protección ante dichos tipos de actuaciones.

Ahora bien, como veremos a continuación en lo relativo precisamente a las formas de control y sus distintos estándares, es en el control de la razonabilidad y de los motivos de la decisión administrativa, en general, donde encontramos las premisas en nuestra jurisprudencia que expresan su propia concepción sobre el límite de sus potestades. En este sentido, creemos que los estándares de control de la discrecionalidad no son más que el mejor ejemplo de lo que a nivel macro el control judicial de la Administración entiende sobre qué es el concepto de deferencia y los límites y alcances que como fenómeno jurídico representa, que en la doctrina se ha podido entender como la “deferencia de experto”¹⁴⁵. Para ello es que utilizaremos sólo la jurisprudencia más representativa sobre este asunto, y que nos ilustre más bien

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, lo reseñado por GARCÍA, quien expone la necesidad de mayor deferencia de experto en el caso norteamericano, a propósito de las sentencias sobre las centrales Castilla o Punta Alcalde. *Vid.* GARCÍA, José Francisco. *Deferencia técnica a agencias administrativas*, en El Mercurio Legal. Disponible en línea en: <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-jose-francisco-garcia-qdeferencia-tecnica-a-agencias-administrativasq.html> [visto el día 4 de Enero de 2016]

sobre cómo es que la deferencia –y sus distintos grados- depende sobre todo del tipo de control con el cual los tribunales se aproximan a las decisiones administrativas. Una categorización de este tipo de controles podrá dar cuenta, justamente, de los alcances que tanto el control de la administración en general, como el control de la discrecionalidad administrativa en particular, tienen para definir la deferencia en el derecho chileno.

b. Los distintos tipos de control judicial y su influencia en la deferencia hacia la Administración.

Ante la falta de los tribunales de lo contencioso administrativo, tal como se ha señalado, la relevancia del control judicial hacia la Administración ha sido clave desde los fundamentos de nuestro Derecho Administrativo en el siglo XX. La importancia del estándar a través del cual se aproximan los jueces a las decisiones administrativas en el derecho chileno pasa por comprender un fenómeno que hace prácticamente imposible señalar con seguridad qué estándares concretos, en cada caso, utilizan los jueces para decidir. Este fenómeno no es otro que la superabundancia que tiene el contencioso administrativo en nuestro sistema jurídico, que contemplaba sólo hasta

el año 2003 –según señala Carmona-¹⁴⁶ más de 78 procedimientos distintos con los cuales impugnar los actos de la administración.

Así, dada esta dispersión normativa, intentaremos presentar las principales categorías de la revisión estrictamente judicial –es decir, por parte del Poder Judicial, en especial Cortes de Apelaciones y nuestra Corte Suprema, y someramente en lo relativo al control que realiza la Contraloría General de la República- y, como ya se indicó, señalar las principales diferencias que su jurisprudencia más representativa abarca en los diversos estándares de aproximación a la labor administrativa. Para ello, analizaremos en esta sección las distintas formas de accionar contra la administración, y en particular en ellas los diversos estándares ya presentados en razón del control de la discrecionalidad, además de otros, y sobre los cuales nuestros jueces se aproximan a la decisión administrativa.

Y, dado que los referidos estándares tienen como base en general recursos muy disímiles, los estructuraremos de la siguiente forma: (i) las distintas formas en que opera el control de legalidad de los actos administrativos y sus distintos estándares; (ii) en segundo lugar, una breve descripción de un recurso de control político, como es el de reclamación ante el TDLC; y, finalmente, (iii) el control de garantías constitucionales, en base al recurso de protección como caso particularmente extraño –aunque muy difundido- de contencioso administrativo.

¹⁴⁶ CARMONA SANTANDER, Carlos. *El contencioso administrativo entre 1990 y 2003*, en: *La justicia administrativa* [actas I Jornadas de Derecho Administrativo] (coord. Juan Carlos Ferrada Bórquez). Santiago, Lexis Nexis, 2005. Impreso, p. 204

Para efectos de esta investigación, evitaremos referirnos al control de constitucionalidad de los actos de la Administración, así como también el control que otros órganos realizan, como el Tribunal Constitucional, dado que primeramente dicho órgano no parte del Poder Judicial –al igual que la Contraloría General de la República, mas ésta merece especial mención en lo referida al control de legalidad que realiza-, y los fines de esta investigación refieren al concepto de deferencia administrativa que se tiene en este poder del Estado; y, por otro lado, su investigación sería necesaria más bien para una completa teoría de la deferencia en el derecho chileno, cuestión que excede las pretensiones de este trabajo¹⁴⁷.

Así, y en primer lugar, y para referirnos inicialmente a los distintos controles que existen en nuestro ordenamiento, debemos comprender que los primeros casos –y quizás los más relevantes- sobre los cuales nuestros tribunales construyeron –o idearon- su propia potestad para controlar las actuaciones de la administración fueron inicialmente acciones de responsabilidad extracontractual contra el Estado¹⁴⁸, y luego la nulidad de derecho público. Lo relevante de éstos pasa por comprender que por primera vez, y ante la falta de tribunales de lo contencioso administrativo, fueron los tribunales ordinarios, a través de la interpretación del artículo 87 de la Constitución del 25 (que pasó a ser –con sus modificaciones respectivas- el artículo 38 N° 2 de la

¹⁴⁷ Ello podría ser necesario en lo relativo, por ejemplo, al control de constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley que realiza el Tribunal Constitucional, caso al que no nos referiremos en esta investigación.

¹⁴⁸ Sobre ello, véase CORDERO (2015), p. 673, quien afirma que la jurisprudencia de la época se dedicó, en vez de definir los elementos de la responsabilidad del Estado, más bien al hecho de responder la pregunta sobre si el Estado debía ser responsable. Ello se vio relacionado intrínsecamente con la pregunta misma sobre la posibilidad de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Constitución del 80) los que debían conocer de los casos en que el Estado producía un daño reparable vía la acción de responsabilidad¹⁴⁹. Es justamente a través de esta acción –basada inicialmente en el Código Civil- desde donde se estructuró todo el sistema de control judicial de la Administración.

Sin embargo, para efectos de este trabajo las acciones de responsabilidad –actualmente- no exigen tanto análisis, habida cuenta de que éstas se rigen por la idea de “falta de servicio”, que es analizada en general con las categorías del Derecho Civil¹⁵⁰ y no tanto desde una perspectiva de derecho público, lo que implica entonces que el análisis de la legalidad de las acciones –y con ello, los estándares que nos interesan- se da, en general, desde la perspectiva de las demás acciones que trabajaremos¹⁵¹.

Por otro lado, la acción de nulidad de derecho público también merece mención, ya que tanto ella como la acción de responsabilidad se estructuraron ya con la Constitución de 1980 como verdaderas formas de control “ordinario” de nuestros tribunales a la Administración¹⁵², ya sea vía la nulidad de los actos, o vía sede de

¹⁴⁹ Vid. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Estudios preliminares: La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*. En *La jurisdicción contencioso-administrativa*, Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001. Impreso.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, la doctrina altamente influyente en los últimos años del profesor PIERRY, Pedro. *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 92, N°2, 1995. Impreso.

¹⁵¹ De hecho, en general cuando el concepto de falta de servicio requiere como base para en análisis del caso la declaración de ilegalidad, nuestras Cortes requieren que esta declaración se haya dado de antemano. Un buen de esto, es uno de los casos más recientes sobre responsabilidad del Estado Administrador, en que nuestra Corte Suprema acogió una demanda de responsabilidad extracontractual por ilegalidades cometidas en una licitación pública llevada por el Instituto Nacional del Deporte, ilegalidad que fue declarada anteriormente por el propio Tribunal de Contratación Pública. Véase: Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2015, en autos caratulados “*Sociedad Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional del Deporte*”, Rol N° 2795-2015

¹⁵² Esto, esencialmente en contraste con los recursos que veremos a continuación, que a diferencia de estas acciones, se denominan por la doctrina “formas de control especial” (porque no son una sanción genérica ante cualquier acto de la Administración, sino ante actos concretos de algunos de sus órganos). Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro. *Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección*, en: Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública, Universidad de los Andes, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011. Impreso, p. 45.

responsabilidad en que se incurrió por los mismos, y ha implicado lo que la doctrina llama acciones de plena jurisdicción¹⁵³. En este sentido, lo relevante de la acción de nulidad de derecho público (como acción ordinaria de revisión de legalidad), es su apertura sucesiva a mayores estándares de control¹⁵⁴.

La función de la acción de nulidad de derecho público, en este caso, y la apertura a más causales, es una reafirmación explícita de que por la vía ordinaria se debe resguarda enteramente el Estado de Derecho. Y si bien se afirma el “declive” de esta acción dada la entrada en vigencia de la LBPA¹⁵⁵, y de lo que empezaremos a trabajar como una pretensión legislativa a administrativizar el conflicto a través de nuevos recursos, la aún importante existencia de esta acción implica, para parte de la doctrina, la tendencia de nuestro sistema hacia un sistema de control “mixto”, que implica, por un lado, la administrativización de la vía especial para el control de legalidad, y por el otro, recursos de plena jurisdicción y de nulidad que sean conocidos por los tribunales ordinarios¹⁵⁶. En este sentido, la apertura a más causales ha

¹⁵³ VERGARA BLANCO (2011), p. 41

¹⁵⁴ Inicialmente, la nulidad de derecho público tenía como base para ser decretada, que el acto de la Administración fuera esencialmente nulo (i) por incompetencia del órgano que lo dicta; (ii) por falta de investidura regular del mismo; (iii) o por falta de formalidades para su dictación. Ello se desprende de la sentencia de la Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de junio de 2006, autos caratulados “Camacho Santibáñez con Fisco de Chile”, Rol N° 3132-2005, Considerando 10°. Ello implicaba, entonces, que las causales de nulidad de los actos fueran “meramente formales”, es decir sólo las del artículo 7 inc. 1 de nuestra Constitución, y no fueran por una ilegalidad de fondo, o sustancial, comprendida más bien en el artículo 6. Ahora bien, dicha visión se amplió, y es ése fenómeno –global, para casi todos los procedimientos y acciones- lo que justamente estamos analizando. Posteriormente entonces, la Corte Suprema ha aceptado comprender causales adicionales a las 3 iniciales, incorporando la falta de motivos o de fundamentos del acto, claramente una cuestión de fondo (en Corte Suprema, sentencia de fecha 19 de Marzo de 2015, en autos caratulados “Víctor Alarcón Novoa y otro con Fisco de Chile”, Rol N° 21909-2014); falta de la desviación de poder en la dictación del acto administrativo (Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de Marzo de 2015, en autos caratulados “Albornoz Atalla Tito con Fisco de Chile”, Rol N° 29542-2014); y también la ilegalidad de fondo o ilegalidad expresa en el actuar del órgano (Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de Noviembre de 2010, en autos caratulados “Federación Aérea de Chile con Fisco de Chile”, Rol N° 598-2010).

¹⁵⁵ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Estado actual del control de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?* *Revevista Derecho* (Valdivia) v.23 n.1 Valdivia, 2010. Web. 1 de Mayo de 2016, 104-105

¹⁵⁶ Ésta es la propuesta de VERGARA BLANCO (2011), p. 41, quien expone la supuesta tendencia del modelo chileno sobre contencioso-administrativo hacia un sistema mixto, tal como en Italia o Alemania.

coincido, como veremos, con una concepción del control de legalidad que ha evolucionado notablemente en nuestra jurisprudencia y doctrina.

1. El control de legalidad de los actos administrativos y su relevancia para la deferencia

La primera pregunta sobre este tema que es prácticamente obligatorio responder refiere a qué se entiende, justamente, por control de legalidad. Como hemos trabajado anteriormente, lo que históricamente se entendió como control refiere, por un lado, a “*una actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo según los patrones objetivos que sirven de base al control*”¹⁵⁷. Por otro lado, el concepto de legalidad es justamente el concepto que intentaremos dilucidar a lo largo de este capítulo, considerando las distintas visiones que ha tenido la propia jurisprudencia chilena sobre esta idea, que refieren explícitamente al “estándar” del control propiamente tal.

Así, podemos decir inicialmente, que el control de legalidad, como hemos afirmado en lo relativo a la discrecionalidad administrativa, referiría en principio al control de los elementos que expresamente la ley regula, y entonces un procedimiento

¹⁵⁷ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización administrativa el Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. Impreso, p. 351

que implique el control de legalidad de los actos administrativos debía ser entendido –inicialmente- como una forma de control lo más “deferente” hacia los actos administrativos, en contraste con el control de constitucionalidad o con el de garantías. El mejor ejemplo de ello sería, a nivel histórico, la potestad que se le entrega a Contraloría para realizar el control de legalidad de los actos administrativos, en el cual “(...) *no podrá evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas*”¹⁵⁸.

Como veremos, diversos procedimientos se han entendido inicialmente como un control “meramente” de legalidad, y han pasado luego a ser sede de formas de control más referidas al fondo y a los fines de la decisión, y en este sentido se han acercado, o han incluso alcanzado, el control de los méritos u oportunidad (que es, claramente, la esfera última de la discrecionalidad de la Administración). Con ello, una de las principales características que hemos señalado de nuestro ordenamiento, y que creemos acentúa las posiciones más activistas de la función judicial, es la que dice relación con la posición política altamente estratégica que han tenido las Cortes en asegurar los derechos de las personas en desmedro, muchas veces –y para los dos lados del espectro político-, de las decisiones de gobernanza pública que ha tenido nuestro Poder Ejecutivo. Este fenómeno político e histórico –que se da ya desde los

¹⁵⁸ Artículo 21, letra b, del Decreto N° 2.421, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. Esto, como veremos, ha presentado serias complicaciones y será un punto a dilucidar someramente en esta investigación.

60¹⁵⁹ - tiene como correlato, ya de la mano de los gobiernos de la Concertación en adelante, la tendencia a crear procedimientos especiales que se resuelven por la vía administrativa y/o judicial, y con ellos, aunque no siempre, organismos especializados que resuelvan dichas instancias.

Este último fenómeno, con la creación de la LBPA, toma aún más sustento en la idea de que es justamente en el procedimiento administrativo donde las partes, los interesados, y por supuesto la propia Administración pueden hacer frente a las complejidades que se les presente y resolver dichos conflictos¹⁶⁰. En perspectiva, el ya trabajado “declive” de la acción de nulidad de derecho público se sustenta justamente en esta idea. Y esta misma idea, también, debía tener como consecuencia –en el largo plazo, tal como lo indica Bermúdez en relación al recurso de protección¹⁶¹- una caída del número de procesos conocidos ante jueces ordinarios, en aras de una mayor “administrativización” de los conflictos, porque sería justamente en la sede administrativa –la “sede especializada”, como veremos más adelante- donde el problema es técnicamente más solucionable.

Sin embargo, y como veremos, el énfasis que da el legislador y nuestro ordenamiento en general al procedimiento administrativo como forma de resolver los conflictos no ha quitado poder a los jueces ordinarios. Sin más, los últimos años han

¹⁵⁹ FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, Desarrollo y Legalidad*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011. Impreso, pp. 151-176

¹⁶⁰ Cordero (2007b), p. 336-340

¹⁶¹ Vid. BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010), pp. 112-114

confirmado a nuestras Cortes justamente como bastiones de una demanda ciudadana –o privada¹⁶²- por mayor justicia que, en perspectiva, el procedimiento administrativo básico no ha resuelto.

Así, pasaremos a exponer al menos 2 casos que nos darán cuenta de que la concepción de “control de legalidad” en nuestra jurisprudencia pasó, ya hace mucho, del mero análisis del derecho explícitamente aplicable al caso, a cuestiones también de hecho, y que refiere finalmente al análisis de los méritos y/o la motivación de los actos. Estos procedimientos son, por un lado, (i) el control de discrecionalidad que realiza Contraloría General de la República en base a su potestad dictaminante; (ii) y el control de discrecionalidad que se realiza desde nuestras Cortes de las decisiones de organismos regulatorios como las Superintendencias. Analizaremos aparte el recurso de reclamación contra las sentencias del Tribunal de la Libre Competencia, que expone brevemente el problema del control de legalidad no ya como un control de discrecionalidad –como en los casos anteriores- sino como un control de experto en base a un criterio de política pública más que de un simple control de legalidad – de una decisión que, como veremos, ya es jurisdiccional-.

¹⁶² Privada, porque muchas veces incluso ante la ejecución de políticas sociales beneficiosas para los ciudadanos, son estos mismos –como entes privados, muchas veces con intereses económicos consolidados- los que truncan o desafían a las autoridades administrativas a través de todos los recursos jurídicos disponibles, en general basados en su derecho de propiedad o derecho a la libre actividad económica. Por supuesto, esto refiere principalmente al hecho de que la práctica judicial de nuestro Derecho Administrativo responde, generalmente, a los intereses comerciales y económicos de quienes pueden pagar los procesos judiciales. *Vid.* NIETO, Alejandro, *La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo*. RAP, N° 76, 1978, p. 9-30.

1.1. El caso del control de legalidad de Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es un órgano parte de la Administración del Estado, que tiene rango constitucional (y ello es relevante principalmente por su historia), y que es el órgano de control administrativo por excelencia del sistema constitucional chileno¹⁶³. Una de sus características esenciales (y de ahí su relevancia en el análisis de la deferencia, en lo relativo al equilibrio de poderes) es que siendo parte de la Administración del Estado, es un organismo autónomo, según el propio artículo 98 de nuestra Constitución. Esta autonomía (semejante a otros casos que la propia CPR señala, como son el Banco Central o el Ministerio Público), abre la puerta justamente a una relativa independencia funcional y orgánica de la Contraloría con los demás entes estatales y poderes públicos. Es en esa independencia, entonces, donde su rol como órgano fiscalizador y como principal órgano de control administrativo tiene relevancia para efectos de esta investigación, dado que el control que ejerza a los actos administrativos va a ser un control externo al del organismo que decide, lo que implica que en el análisis concreto sus decisiones pueden afectar (deferentemente o no) la regulación y las decisiones de los organismos públicos que están sometidos a sus atribuciones.

¹⁶³ Es, por un lado, parte de la Administración del Estado, según el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), y está regulada en nuestra Constitución Política en los artículos 98° y 99°. Así, y en específico, todas su regulación orgánica está establecida en la propia Ley N° 10.336, Ley Orgánica de Contraloría General de la República.

De conformidad a la propia CPR, la función principal de Contraloría es ejercer el control de legalidad de los “actos de la Administración”, lo que implica entonces que determina abstractamente dos cuestiones esenciales: (i) la forma del control, que será un control de legalidad; (ii) y los sujetos que podrán ser controlados, que en este caso, al menos desde una interpretación universal del precepto, incluiría a todo órgano que sea parte de la Administración del Estado, pese a que el legislador paulatinamente haya ido restringiendo este concepto¹⁶⁴.

Para efectos de esta investigación, lo relevante en lo que dice relación con Contraloría es, justamente, la primera cuestión señalada anteriormente: que el control que ejerce de los actos administrativos sujetos a la misma se entiende, desde la propia Constitución, como un control de legalidad. Este control inicialmente no se puede ejercer ni CGR puede intervenir en asuntos litigiosos o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia –ello es relevante, porque excluye una inmensidad de casos, que pueden ser incluidos en los otros supuestos de control de legalidad, ya judicial, que analizaremos¹⁶⁵.

Este control de legalidad se realiza a través del trámite denominado “toma de razón”, que es una de las mayores particularidades de este órgano Contralor en lo que

¹⁶⁴ AYLWIN, A. *Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República, en 20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*. (editor Enrique Navarro), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2001. Impreso, p. 603. En este sentido, no es objeto de este trabajo analizar en profundidad cuáles son los sujetos que están sometidos al control de la CGR, pero es relevante acotar cómo, por ejemplo, se ha entendido que incluso las empresas del Estado (dado su explícita vinculación al derecho común), no serían parte del control de la CGR, así como también otros organismos autónomos, como el Banco Central y el Ministerio Público. *Vid.* CORDERO (2007), pp. 55-58

¹⁶⁵ Ello está explícitamente consagrado en el artículo 6°, inciso 3ro, de la Ley N° 10.336, que es particularmente relevante dado que evita que la CGR se entrometa en juicios ya pendientes o resuelva sobre un juicio ya finalizado. Ello no obsta, como indica Cordero, a que se pueda entablar un juicio una vez ya dictaminado un caso por la propia CGR. En CORDERO (2007), pp.58-59

respecta a otros organismos de características similares en el derecho comparado. En este trámite, se analiza por parte del órgano de control al acto administrativo “*para verificar la conformidad con el derecho objetivo, lo que supone la verificación de la juridicidad de los actos de la Administración*”¹⁶⁶.

En este control de legalidad, lo relevante por un lado es que refiere no sólo a cuestiones de carácter eminentemente técnico, o prácticamente un montón de decisiones de la Administración (salvo las que explícitamente se consideran como exentas¹⁶⁷), sino que también a actos eminentemente políticos (que se dan en general en forma de Decretos). En este sentido, esta potestad no ha estado falta de polémica, habida cuenta de la relevancia de sus decisiones para que opere la maquinaria normativa estatal. Un buen ejemplo –de la misma época ya presentada anteriormente– fue la relación que tuvo Contraloría General de la República con el gobierno de la Unidad Popular, explícitamente en lo referido a los decretos de reanudación de faenas, que tensionaron las relaciones entre este órgano y el Ejecutivo, y pusieron en duda, justamente, el límite del control de legalidad que ejerce Contraloría en la toma

¹⁶⁶ RECABARREN DELGADO, R. *La toma de razón de los decretos y resoluciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969. Impreso, p. 69 [citado en CORDERO (2007), p. 63]

¹⁶⁷ Estas, según la resolución N° 55, de 1992, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está fijado por Resolución N° 520, de 1996, que define propiamente qué trámites están exentos de toma de razón. Lo relevante a este respecto es que si bien ellas están excluidas de este trámite, ello no quiere decir que estén excluidas del todo del control de legalidad CGR, porque ésta puede dictaminar, ya de forma represiva y no preventiva, la ilegalidad de un acto administrativo, de acuerdo a su propia potestad dictaminante (ello, según los artículos 7 y 8 de la ya citada Resolución). Esto implica que el control no sólo refiere a la toma de razón, sino que es un control de legalidad total –en principio, siempre y cuando en los casos exentos del trámite se le presente una solicitud para conocer de dicha legalidad–, que implica entonces una muy alta fuente de jurisprudencia y fuerza normativa para la concepción de legalidad que podemos tener en nuestro Derecho Administrativo.

de razón, dado que en un caso de este tipo chocó su interpretación con la que (legítimamente o no) tenía el Gobierno sobre la legalidad de los decretos¹⁶⁸.

Esto último implica que en lo relativo a la relevancia del concepto de deferencia para el Derecho Administrativo, la Contraloría no puede quedar relegada. Ello, ya que dada su relativa independencia como órgano (más bien, su explícita autonomía), y sumado a ello su rol explícito de control de los actos de la Administración, se presenta el escenario perfecto –al igual que en el caso de los tribunales que conocen de actos administrativos- para discutir sobre la necesidad de la deferencia de ésta ante las decisiones del órgano decisor.

En este caso, lo relevante, como hemos dicho, es comprender al menos de forma general cuál es la concepción de control de legalidad que tiene la Contraloría General de la República, y que redunda entonces en cuál puede ser el límite que se impone como órgano contralor de las decisiones de la Administración. Y en este sentido, creemos, Contraloría parece mucho más clara a la hora de definir sus límites y sus estándares que nuestras Cortes.

¹⁶⁸ Faúndez expone de gran forma cómo es que Contraloría hasta los 60' tuvo, en general, una visión bastante acotada del control de legalidad que podía realizar a través de la toma de razón, mas progresivamente fue conociendo de los hechos y no sólo de los méritos de legalidad de las actuaciones del Gobierno. Ello se dio, indica, particularmente en lo relativo a la regulación económica y laboral, en la que además –ya conociendo de los hechos- no tuvo lineamientos claros ni decisiones coherentes. Así es como señala que, finalmente, la disputa con el gobierno de Allende en lo relativo a las requisiciones como medidas de regulación económica se dio de forma evidentemente esperable. Aceptado el hecho por el Gobierno de que Contraloría podía fiscalizar sus requisiciones, se abocó a probar en ellas –con hechos y pruebas concretas- la legalidad de las mismas, cuestión que en lo relativo a la “paralización de la producción” fue difícil de realizar. En ese sentido, Faúndez señala cómo ante este escenario la disputa con Contraloría se dio evidentemente en términos muy políticos y contradictorios, cuestión que a la larga derivó en una politización de la esfera jurídica. FAÚNDEZ (2011), pp. 242-247

Lo anterior se basa no sólo en que es la propia Constitución la que fija —de forma muy abstracta— sus límites, dado que señala explícitamente que el control será de legalidad (cuestión que puede no ser necesaria, pero que en muchos de los recursos ante tribunales ordinarios no queda tan clara). Pero por otro lado, la característica más relevante de este control es que desde la propia Contraloría se entiende que a ésta “(...) *le compete ejercer el control de legalidad de los actos de la administración con prescindencia de los aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad de las medidas que se adopten, cuya ponderación incumbe privativamente a la administración activa*”¹⁶⁹. Esto implica entonces que este control es necesariamente *objetivo*, el que implica que debe buscarse la “*conformidad del acto con el ordenamiento positivo; se busca constatar la corrección jurídica, la conformidad con el derecho (...)*”¹⁷⁰.

A este respecto, la opinión de Aylwin parece relevante, porque explicita cómo es que, en materias de gasto público, por ejemplo, o en otros ítems, la labor del control de la Contraloría es una labor esencialmente ‘jurídica’¹⁷¹: “*Por consiguiente, cuando la Contraloría General de la República estudia el decreto o resolución debe hacerlo en términos de establecer que se cumplen adecuadamente todos y cada uno de los requisitos que exigen la Constitución*

¹⁶⁹ Sólo a modo ilustrativo se pueden citar los Dictámenes N.ºs. 70.202/1959, 48.557/1968, 59.030/1979, 9.365/1983, 18.891/1988, 22.249/1988, 7.148/1990, 47.684/1999, 24.751/2002, 52.144/2003, 44.074/2004 y 315.122/2005, entre otros. Los que también tienen sus excepciones, pero que se encuentra en general en el período 1970-1973.

¹⁷⁰ CORDERO (2007), p. 64

¹⁷¹ En este caso, como veremos al concluir, nuestra intención al remarcar el término de lo jurídico refiere a una noción sobre el Derecho que propende a que la adjudicación sea, en sus últimos términos, absolutamente jurídica, excluyendo así tanto a jueces activistas como jueces formalistas. Ello es relevante porque la propia noción de deferencia —que concluiremos— como ‘deferencia curial’ se basa en justamente lo anterior: aplicar nada más que el derecho, entendiendo a éste tanto en su razonabilidad intrínseca como en las competencias de quien lo aplica y a quien se controla. Lo esencialmente democrático de esto es, como veremos, la utilidad institucional del juez que aplica el derecho que es, a la larga, una decisión democrática.

o las leyes, a los cuales nos referiremos más adelante. Pero, lo que el Organismo Contralor no podrá hacer es representar el decreto o resolución porque, a su juicio, importa un costo económico o social muy elevado, o porque no es oportuno de acuerdo con un parámetro de prioridades en la atención de las necesidades públicas. Y no podrá hacerlo porque las materias referidas sólo pueden ser materia de un control de eficiencia, de mérito, de oportunidad o de resultado, que es de incumbencia de la propia administración”. Y así, prosigue señalando que “Lo que está vedado al Organismo Contralor, cuando toma razón de un decreto o resolución, es efectuar un control de conveniencia o mérito, circunstancias todas que califica la propia Administración. De este modo no le compete a la Contraloría General reprochar la libre apreciación de las circunstancias que la autoridad administrativa ha considerado para atender la necesidad pública, como tampoco puede representar una decisión que, dentro de los marcos legales, ha sido estimada por dicha autoridad como la más pertinente, idónea o conveniente para la satisfacción de la necesidad pública que corresponda. Todos ellos son aspectos propios del control de mérito, conveniencia u oportunidad”¹⁷².

Así es como se desprende que en lo relativo al control jurídico que ejerce la Contraloría, el concepto de “estándar de control de legalidad” queda más que claro: es un control –en lo que respecta sobre todo a la toma de razón- que podemos llamar “de examen”: “(...) no consiste en la mera captación de un hecho, sino que es el ejercicio de una potestad de control en virtud de la cual debe emitir un juicio de conformidad o de disconformidad e

¹⁷² AYLWIN, A. *Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón*. Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1992. Impreso, p. 65 [citado en MORALES ESPINOZA, Baltazar. *El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República*. En *Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*, 2012. Impreso, p. 208]

impedimento si el acto no se ajusta a derecho. De ahí que en algunas cosas deba interpretarse el derecho y entrar a verificar el fin y el motivo del acto. Es decir, la toma de razón puede significar determinar si el hecho o acto cabe en el contenido normativo.”¹⁷³. La condición de deferencia entonces pasa, creemos, por el hecho de que en este control de legalidad Contraloría debe verificar la legalidad de los actos ante el ordenamiento (fuera explícito, o mediante principios, como se expresa en diversos dictámenes¹⁷⁴), mas siempre teniendo presente que es la verificación de la existencia de dichos fines o motivos y no así su adecuación según sus propios estándares. En este sentido, un estándar de motivación (como expondremos más adelante, en los casos particularmente difíciles referidos a la regulación ambiental) no sería un estándar que Contraloría valide actualmente, dado que históricamente se ha negado, como hemos señalado, al control de la oportunidad y mérito de las actuaciones administrativas.

En este sentido, un ejemplo concreto puede graficar mejor cómo es que en casos complicados, como lo son justamente los relativos a la discrecionalidad administrativa, la actuación de Contraloría es particularmente más consistente¹⁷⁵ y, en

¹⁷³ CORDERO (2007), p. 72

¹⁷⁴ En este sentido, por ejemplo, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionatorio, Contraloría ha establecido que se aplican los principios jurídicos del derecho penal: “Establecido lo anterior, es del caso anotar que la jurisprudencia contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 14.571 y 31.239, ambos de 2005; 63.697, de 2011, y 13.790, de 2013, de esta Contraloría General, ha expresado que tanto la potestad sancionadora penal como administrativa, constituyen una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, motivo por el cual se ha entendido que los principios del derecho penal, entre ellos, el de culpabilidad, son aplicables, con matices, al derecho administrativo sancionador.” (Dictamen N° 60.341, de 2013). En otro sentido, Contraloría aplica diversos principios consagrados en nuestra LBPA, como son por ejemplo el principio de confianza legítima, de eficiencia y de coherencia (véase Dictamen N° 27.916 de 2015)

¹⁷⁵ Esta última cualidad, sin duda, puede comprenderse habida cuenta de la cualidad precedentes que tienen los dictámenes de Contraloría, que implica entonces una uniformada jurisprudencia administrativa que enfrenta sus interpretaciones de una forma mucho más elaborada y sistemática que la de las Cortes. Un buen trabajo a este respecto es el de ASTORQUIZA, G. *A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios*, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional. Santiago: Imprenta Contraloría, 2002. Impreso., 169

cierto sentido, más deferente que la de nuestras Cortes –entendiendo deferencia como la hemos aplicado: no restarse del análisis, sino que aplicándolo sólo a lo que debe aplicar-. Así, el control de la discrecionalidad que ejerce contraloría pasa, en general, por constatar la existencia de motivación del acto –por un lado-, así como también la constatación de su adecuación a la normativa vigente. Expresa, por ejemplo, en lo relativo al primer punto, que, “[a] mayor abundamiento, es dable señalar que la ausencia de motivación del acto administrativo, constituye un vicio que recae en un requisito esencial del mismo, ya que, tratándose de actos administrativos discrecionales, como es el caso, la motivación es un elemento necesario para cautelar la juridicidad del acto, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19, numeral 2, de la misma Carta Fundamental”¹⁷⁶.

En otro caso relevante, donde se hace patente la concepción de discrecionalidad que tiene Contraloría, ésta señala que “Ahora bien, en armonía con lo sostenido, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 17.601, de 1998 y 36.771, de 2000, de este origen, ha manifestado que el Presidente de la República, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, posee una facultad privativa y discrecional para decidir sobre la enajenación de inmuebles fiscales prescindibles, en la forma que considere más adecuada al interés fiscal, por lo que la autoridad administrativa se encuentra investida de atribuciones para determinar la oportunidad y conveniencia de enajenar tales bienes, de acuerdo al mérito de cada caso

¹⁷⁶ Dictamen N° 4.168 de 2008. En el mismo sentido se pronuncia en el Dictamen N° 20.673/2010.

y las políticas fijadas al respecto, independientemente de las condiciones ofrecidas por el interesado en su compra.”¹⁷⁷.

De este caso, que trata de la potestad discrecional del Ministerio de Bienes Nacionales para enajenar bienes fiscales, en tanto se cumpla con los requisitos que establece la ley, se desprende que la concepción de Contraloría refiere explícitamente a que la oportunidad y el mérito de la decisión recae enteramente en el Servicio, y que su labor como contralora de la legalidad de la actuación pública, refiere explícitamente a la constatación de si hay por un lado concordancia con las disposiciones legales que rigen la actuación administrativa, pero por el otro indica explícitamente que lo que se controla es la existencia o no de motivos de la autoridad, no así el mérito de los mismos: *“A su vez, el dictamen N° 60.824, de 2004, expresó, en lo que interesa, que esa potestad ‘discrecional’, tanto en lo relativo a la decisión de vender un determinado bien raíz fiscal, como a la determinación de hacerlo en favor de una u otra persona, de ninguna manera ha de llevarse a cabo de modo arbitrario, sino con la debida fundamentación.”* Sólo en un caso en que la fundamentación sea explícitamente irracional, o no exista -como el caso anterior a éste-, Contraloría puede anular el acto o, en el caso de la toma de razón, representarlo.

En este último sentido es que la importancia que hemos referido de este tipo de control es patente, porque en lo que respecta a la deferencia a actos administrativos, Contraloría deja clara la distinción entre un control de legalidad y un

¹⁷⁷ Dictamen N° 92.850 de 2014.

control de méritos u oportunidad, habida cuenta de que en lo que refiere a la motivación o fin del acto, el control de legalidad debe sólo limitarse a su constatación y a que tenga un estándar mínimo de razonabilidad, lo que implica entonces (tal como señala Daly¹⁷⁸) que en el control de los motivos mismos y de los méritos de la decisión el órgano que controla debe ser deferente a la decisión del órgano decisor. Ello, como veremos a continuación, no es un estándar claro cuando se trata de un control ejercido por tribunales comunes.

1.2 El control de legalidad en el caso de agencias de expertos: el caso de las Superintendencias

Un caso bien interesante de trabajar en lo que respecta al control de la discrecionalidad, pero también y principalmente en lo que dice relación con la deferencia, tiene que ver con el control que se realiza de organismos independientes altamente técnicos, como es el caso en Chile de las Superintendencias¹⁷⁹. En este modelo, las Superintendencias son agencias especializadas, descentralizadas, con personalidad jurídica propia, que tienen como objetivo en general la regulación de altos e importantes sectores de la economía. Este modelo fue desarrollado

¹⁷⁸ Véase nota 43

¹⁷⁹ En este sentido, y dividiéndolas por sector, encontraremos: Superintendencias de Mercados de Valores: SBIF y SVS; Superintendencias de Seguridad Social: SUSESO, SSALUD y SAFP-SP; Superintendencias de Quiebras y Casino: SIyR y SJC; Superintendencias de Mercados Regulados: SEC y SISS; Superintendencias de Reciente Data (Última Generación): SMA y STELEC y de Educación.

“esencialmente desde la década de los 80 para autoridades de fiscalización en mercados regulados, [y] se basa en estructuras organizacionales comunes y básicas aplicables a cualquier organismo administrativo. La regla general es que estas sean organizaciones de dirección superior unipersonal, sujetas al estatuto regulatorio de cualquier servicio público, con nombramiento de su autoridad superior por el Presidente de la República con un modelo de exclusiva confianza, bajo su supervigilancia a través de un Ministerio específico y sin ningún tipo de independencia presupuestaria del Gobierno”¹⁸⁰.

En este sentido, el modelo de Superintendencias es contrastado en nuestro país con el modelo comparado de las llamadas “agencias regulatorias independientes”, las cuales, a diferencia de las Superintendencias, tienen una marcada autonomía del gobierno central y de las decisiones políticas y regulatorias de éste. Así, se señala que éstas tienen dicha autonomía porque están insertas y tienen facultades importantes en distintos sectores de la economía y la sociedad que justifican que sus decisiones sean independientes¹⁸¹. Algunas de sus características esenciales son, por ejemplo, (i) una neutralidad política, (ii) especialización técnica, (iii) y la eficacia en sus decisiones¹⁸².

En este contexto, si bien queda claro que la regulación actual de las Superintendencia dista de un modelo perfecto de agencias independientes –

¹⁸⁰ GARCÍA, José Francisco y CORDERO VEGA, Luis. *Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias*. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2012. Impreso, p. 416

¹⁸¹ MARTÍNEZ, María Salvador, *Autoridades independientes*, Ariel Derecho, 2002, p. 29 [citado en GARCÍA y CORDERO (2012), p. 40]

¹⁸² GARCÍA y CORDERO, pp. 421-422

principalmente por su falta de autonomía, dada por un lado su vinculación a un Ministerio, y por otro su forma de servicio público, que implica que estén bajo la fiscalización y control de Contraloría General de la República¹⁸³-, es relevante apuntar cómo la discusión sobre este tipo de modelo regulatorio en otros países (principalmente en Estados Unidos) ha dado el sustento necesario para hablar, también, de deferencia en el control judicial hacia decisiones estrictamente técnicas.

Así, habida cuenta de las grandes interrogantes que arroja el modelo de Superintendencias en lo que respecta a su legitimidad constitucional y democrática (que analizaremos más adelante), se ha propuesto variar el modelo regulatorio hacia uno que asegure intrínsecamente los estándares de eficiencia de estas agencias, pero a la vez les asegure la independencia suficiente tal como se asegura la misma al Banco Central¹⁸⁴. Este modelo, justamente, refiere al modelo norteamericano, dado que éste sería el antecedente más cercano para el desarrollo de las Superintendencias en nuestro país –sin que, por ello, dejen de sobrar las diferencias entre los mismos-, y

¹⁸³ En este sentido, y ante las alegaciones de la SBIF de que no le serían aplicables las leyes N°18.575 y N° 19.880, por ser un organismo autónomo, Contraloría en su dictamen N° 31.941 de 2015 señala: “*Así, la autonomía legal reconocida a la SBIF conlleva que se administra por sí misma en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con las normas especiales que las regulan, quedando exenta de una relación de dependencia jerárquica con el Jefe de Estado, lo que no es óbice a su calidad de servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, razón por la cual debe someter su actuar al ordenamiento jurídico común del sector público, como integrante de la Administración del Estado.*”

Finalmente, en cuanto a lo sostenido por la SBIF, en orden a que sustentaría su planteamiento el artículo 11 de la LGB, que limitaría el ámbito de fiscalización de la Contraloría General sólo al examen de las cuentas de sus gastos, debe precisarse que, atendido el principio de supremacía constitucional y una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, este Organismo Contralor en los dictámenes N°s. 74.853, de 2011; 26.536 y 83.211, ambos de 2014; y, 5.458, de 2015, ha concluido que sus atribuciones fiscalizadoras contempladas en el artículo 98 de la Carta Fundamental y en su ley N° 10.336, comprenden a esa entidad, al formar parte de la Administración del Estado.” (énfasis agregado)

¹⁸⁴ GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio. *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*. Revista Actualidad Jurídica N° 22, Julio 2010. Impreso, p. 265

sobre el cual se podría construir, para algunos, un modelo de agencias acorde a nuestra Constitución¹⁸⁵.

Estas interrogantes –principalmente de constitucionalidad- dicen relación principalmente (i) con que la regulación de las Superintendencias desconoce la reserva legal del art. 19 N° 21 de la CP, que implica que sólo el Congreso es competente para regular en materia económica; (ii) además, otro problema diría relación no ya con las facultades normativas de las Superintendencias, sino con sus competencias para interpretar la ley, cuestión que también señalaría diversos problemas de constitucionalidad; (iii) por último, se ha dicho que dado que la autonomía de éstas no está contemplada en la Constitución (como sí la del Banco Central o del Poder Judicial), sus potestades normativas carecerían de sustento lógico, habida cuenta de que estarían finalmente regidas tanto por la Ley como por los Reglamentos, lo que en caso de aceptarse la validez de dichas potestades, las reduciría a un mínimo¹⁸⁶.

El sentido de lo anteriormente expuesto dice relación, principalmente, con sus consecuencias para con el control que se realice sobre las decisiones de estas agencias.

Dada su sólo relativa ‘autonomía’ como entes regulatorios, pero a la vez un gran

¹⁸⁵ Si bien son claras las diferencias, lo más notable del modelo norteamericano de agencias independientes—que en relación a la idea de deferencia es notoriamente relevante- dice relación con la discusión que se dio en el seno de la Corte Suprema y de la doctrina norteamericana sobre la ‘*non delegation doctrine*’, o doctrina de la no-delegación. Ésta, de forma muy somera, implica básicamente que el Congreso no puede delegar sus facultades legislativas en el Ejecutivo, sea el Presidente o una agencia administrativa. La discusión entonces se centra, por un lado, (i) en la legitimidad de una potestad de este orden, sobre todo en lo que respecta a una agencia independiente –no elegida democráticamente-; pero además (ii) en la necesidad de una regulación especializada y adecuada a las necesidades sociales que tenga como base ya sea las decisiones del Ejecutivo o, incluso, las decisiones de una agencia regulatoria independiente. En este sentido, como veremos, la discusión sobre agencias independientes se centra, de forma muy notoria, en la relevancia del principio de separación de poderes y la legitimidad última de las decisiones técnicas. *Vid.* GARCÍA y VERDUGO (2010), pp. 267-290

¹⁸⁶ Un buen aproximamiento a estas interrogantes lo arrojan los propios GARCÍA y VERDUGO (2010), pp.293-295

entramado de facultades discrecionales de fiscalización, sanción o interpretación que tienen las Superintendencias, la pregunta por el control judicial de sus decisiones parece esencial. Y en ese contexto es que se ha propuesto, por cierto, un mayor y más efectivo control judicial de estas decisiones, habida cuenta de que, en principio, a más autonomía como entes regulatorios no elegidos democráticamente, más control debe haber¹⁸⁷.

Desde esta idea es que, en cierto sentido, la autonomía relativa de la Superintendencia como ente regulatorio, y su pretendida discrecionalidad en diversas materias de gran importancia, chocan con la necesaria legitimidad que deben tener las decisiones públicas. Si bien se ha señalado que dicha legitimidad en el caso chileno está dada por la supervisión del Ministerio¹⁸⁸, lo cierto es que no queda claro cuál debe ser el estándar. Ello, porque, por un lado, y como hemos visto, la única legitimación posible en el caso del juez es la vinculación a la ley, pero al mismo tiempo debe respetar (ser deferente) a las decisiones de los organismos públicos en lo que respecta a su mérito y oportunidad, en especial en lo que refiere a potestades discrecionales. Sin embargo, y por otro lado, esas decisiones discrecionales no son tomadas –en el caso de superintendencias– por organismos plenamente legitimados democráticamente (más si, como se propone, estos tengan aún más autonomía). La

¹⁸⁷ Ésta es la tesis de GARCÍA y VERDUGO (2010), pp. 301-302, quien señala que se debería fortalecer la revisión judicial en un modelo en el que se dé aún más autonomía, tanto política como presupuestaria, a las superintendencias.

¹⁸⁸ En este sentido, Atria señala: “*Esta relación de subordinación del mandatario al mandante, mediante dependencia o supervigilancia, compensa el déficit material o de contenido de la acción del mandatario, en la medida en que la ley no define su función mediante la identificación de contenidos concretos de acción sino que le da medios para perseguir finalidades de la manera que en concreto sea más adecuada*”, en ATRIA (inédito), p. 9

discusión sobre el estándar del control de legalidad pasa, entonces, y como ya hemos señalado en el inicio de la investigación, por una cuestión relativa siempre al equilibrio de poderes y su necesaria vinculación al principio democrático como soporte material de las decisiones públicas.

Así, el control de legalidad de estas decisiones –completamente relevantes dadas sus amplias potestades de fiscalización o sancionatorias-, que en nuestro sistema se da en general en la forma de recursos de ilegalidad o reclamación, tiene sentido en la medida en que son decisiones administrativas sobre las cuales debe regir, pese a su relativa autonomía y su extensiva discrecionalidad, estándares legales claros y el imperio del Derecho. Esos estándares, en razón de lo ya expuesto, parecen ser poco claros. Y ello no sólo por la notoria falta de un contencioso administrativo unificado¹⁸⁹, dado que en cada recurso pueden darse situaciones distintas -y que podría ayudar a la unificación de criterios generales, como se da en cierto sentido en el caso de Contraloría General de la República- sino porque el concepto mismo de “control de legalidad” que tienen nuestros tribunales comunes (que en la mayoría de los casos son los competentes para conocer de recursos contra decisiones de las Superintendencias¹⁹⁰) no es un concepto que sea consciente ni de la condición de

¹⁸⁹ *Vid.* FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses*. Revista de derecho (Valdivia), vol.25, n.1 2012. Web. 1 de Mayo. 2016., pp. 115-124.

¹⁹⁰ El caso más distintivo a este respecto, como veremos, es el de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dadas su creación y grandes potestades que se dieron en la reforma a dicho sistema regulatorio, ameritó la creación de tribunales especializados, los Tribunales del Medio Ambiente, que trabajaremos en lo relativo a la especialización de la judicatura y sus contrastes con la justicia ordinaria. Sin embargo, en lo que respecta al control de legalidad, parece notable hoy el hecho de que habida cuenta de la dispersión normativa y jurisprudencial sobre el recurso de legalidad, que ha implicado grandes casos de activismo judicial ante decisiones de las Superintendencias, el legislador ha preferido –también considerando las especialmente amplias potestades de estos órganos-

deferencia de experto, ni en cierto sentido de la idea de discrecionalidad administrativa en agencias como las Superintendencias.

Lo anterior amerita, sin duda, una exposición al menos ilustrativa de esta dispersión de casos notablemente disímiles entre sí y en los cuales la posición de nuestras Cortes muchas veces depende, más que de estándares objetivos de revisión, de la integración de ministros más o menos proclives al activismo. Y sobre ello, expondremos brevemente el caso del recurso de ilegalidad ante la Superintendencia de Valores y Seguros, así como también haremos referencia a una interesante sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco sobre el control de la discrecionalidad.

Así, en lo relativo a las decisiones de la Superintendencia de Valores y Seguros, lo relevante de ellos es que tienen dos tipos de recursos absolutamente distintos: por un lado, el del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, que establece que: “*[e]l afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días de indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas*

tribunales especializados que conozcan de sus causas, y sólo ha dejado el conocimiento a la justicia ordinaria sólo en lo relativo a un control de legalidad menos extensivo ya de las decisiones de estos tribunales, como es el propio caso de los TMA.

o de aquellas del Título XXI de la ley N° 18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25%”. Éste es, como veremos, un estricto recurso de reclamación contra las multas que imparta la SVS (y que tiene como presupuesto, entonces, el procedimiento previo de aplicación de la misma, en lo que en general se llama “el agotamiento de la vía administrativa”, cuestión que justamente pone en perspectiva el cuestionamiento de las decisiones administrativas en sede judicial como una forma de estricto apego al Estado de Derecho, según la tesis judicialista¹⁹¹).

Por otro lado, existe también el recurso contemplado en el artículo 46 del Decreto Ley N° 3.538, que señala que “*[l]as personas que estimen que una norma de carácter general, instrucción, comunicación, resolución o una omisión de la Superintendencia es ilegal y les causa perjuicio, podrán reclamar de ella ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que previamente deberá pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, para lo cual el reclamante señalará en su escrito, con precisión, la disposición que supone infringida, la forma en que se ha producido la infracción y las razones por las cuales ésta lo perjudica*”, y que es señalado más que como recurso de reclamación, como un recurso de *ilegalidad*, también contra decisiones de la SVS, pero referido a cualquier ilegalidad que ésta cometa en la toma de sus decisiones.

Si bien de la propia letra de la Ley no se puede desprender mucho la diferencia entre los dos recursos, cabe decir que nuestra jurisprudencia ha señalado que, si bien

¹⁹¹ *Vid.* FERNÁNDEZ (2008), p. 105-129

en el recurso de reclamación contra multa puede conocerse tanto los hechos como el derecho, es un recurso netamente formal y de derecho estricto en lo que respecta a los estándares de revisión, lo que implica entonces que los tribunales respectivos sólo pueden revisar lo relativo a la aplicación de la multa y a su monto, dejando las ilegalidades para el otro recurso¹⁹².

Sin embargo, también a raíz de este recurso, se han dado otros casos en los que la propia Corte Suprema ha señalado (de forma errática, dado que también ha afirmado la tesis ya señalada), que en el mismo recurso de reclamación es posible no sólo atender a las razones de hecho que motivan la multa sino que también la ilegalidad y los requisitos de forma del actuar de la Administración, lo que implicaría entonces una suerte de revisión completa del mérito de la multa¹⁹³. Esto implicó, por supuesto, comprender que las potestades para decidir los casos de reclamación iban mucho más allá que el recurso contemplado para el caso específico y su mera legalidad, sino que implicarían un análisis de todas las circunstancias tanto jurídicas como fácticas y de apreciación.

¹⁹² Así, por ejemplo, nuestra Corte de Apelaciones de Santiago señaló, en un caso que en un caso de reclamación de multa, no se pueden conocer cuestiones relativas a la legalidad del acto sino meramente a lo indicado por el artículo 30, que refiere sólo a la aplicación de la multa o a su monto: “*Que por lo anteriormente expuesto, las argumentaciones de la reclamante en orden a que se deje sin efecto la multa aplicada en lo que dice relación con la legalidad de la misma, no pueden ser revisadas por esta vía, la cual tiene límite en su análisis, en el artículo 30 del D.L. 3.538.*” En Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de siete de Abril de dos mil quince, autos Rol N° 1988-2014, Considerando 7°

¹⁹³ La Corte Suprema en este caso comprendió que la doble vía (el uso de los dos recursos de reclamación) era innecesaria en tanto el propio recurso de reclamación contra multas comprendería todo el análisis referido a las mismas: “*(...) Es decir, es claro que mediante este último recurso de reclamación no sólo se discutirá el mérito de los fundamentos de hecho y los criterios en virtud de los cuales la Superintendencia aplicó una multa determinada y la normativa a la que acudió para imponerla, sino también las facultades y licitud con que ella ha procedido para apoyar su determinación de castigar, puesto que uno de los presupuestos de validez de las actuaciones de los órganos del Estado es que éstas se desarrollen dentro del ámbito de su competencia y que se ajusten a la forma prescrita en la ley.*”. Corte Suprema, sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil trece, en autos caratulados “Alcalde Saavedra con Superintendencia de Valores y Seguros”, Rol N° 2635-2013, Considerando 4°.

Por otro lado, el recurso de reclamación del artículo 46, o bien llamado recurso de ilegalidad (ya que refiere justamente a actos ilegales en que incurra la SVS y que causen perjuicio), se ha usado, como la misma Corte lo indica¹⁹⁴, de una forma mucho menos extensiva que el primero. Así, los estándares de control aquí dicen relación justamente con un control de legalidad, pero sobre el cual se controla específicamente sólo la infracción de ley, lo que implica en consecuencia analizar de una forma mucho más formal la actuación de la SVS, y que en contraste con el otro procedimiento, que conllevaría a veces, en la jurisprudencia errática de nuestras Cortes, a una revisión total de todos los elementos, implica simplemente una revisión de las Cortes de Apelaciones que en general lleva a confirmar las decisiones de la SVS, o a controlar – legítimamente- si estas se ajustan a Derecho, en vez de sustituirla.

Esto nos lleva a concluir que, en lo relativo a estos recursos, nuestras Cortes tienen una posición excesivamente difusa sobre cuál es el estándar sobre el cual se controle la legalidad de las actuaciones de la SVS, pasando en algunos casos de una

¹⁹⁴ La Corte de Apelaciones de Santiago, en este caso, es más bien cerrada a la aplicación en conjunto de los dos procedimientos, propendiendo a que si se trata de la ilegalidad de una actuación y no más bien a la aplicación de una multa, el procedimiento formal debe ser el del artículo 46: “*Que, aflora y prevalece el artículo 30 del DL 3538 referido en términos de que el problema sustancial de la presentación que motivo estos autos, conlleva la discusión de ilegalidad del acto y no, evidentemente, respecto de la aplicación de la multa o de su monto, situaciones que difieren de un contexto de derecho estricto en cuanto a exigencias formales o de control de la legalidad del acto administrativo que se haya ejecutado en el quebacer propio de la entidad que lo emite.*” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de Junio de 2010, autos Rol N° 5874-2009, Considerando 4°); en lo relativo al estándar, por otro lado, la Corte entiende que dicho recurso de legalidad es de derecho estricto, por lo que no aplicaría principios jurídicos no contemplados en la Ley: “*Que en el caso sublite, resulta efectivo que se invocan como infringidos los principios contenidos en las leyes 19.880 y 18.575, además del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República. Por ello, no es posible sostener que un acto administrativo es ilegal por afectar principios sin que exista una norma legal que establezca un deber o una prohibición concreta. En este sentido, el oficio de cargos que se recurre, se ha efectuado conforme a las facultades que le confiere a la SVS su ley orgánica, en lo que respecta a su potestad fiscalizadora y sancionatoria, no siendo posible declarar la inadmisibilidad de la reclamación*” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de Abril de 2014, autos Rol N° 6740-2013, Considerando 4°);

simple constatación de su concordancia con la Ley, a analizar la decisión y sus fundamentos en concreto.

Así, la ya llamada “dispersión” en lo que respecta al control de legalidad de las decisiones de las Superintendencias se expresa también en lo relativo a la Superintendencia de Educación¹⁹⁵. Esta agencia está regida por la Ley N° 203529, sobre Sistema Nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, específicamente en su artículo 47°. Sin embargo, en lo relativo al control de sus decisiones, específicamente las sanciones que establezca con motivo de su fiscalización a las entidades involucradas, la propia Ley en su artículo 85° contempla la posibilidad de un recurso de reclamación en contra de la decisión del Superintendente que apruebe alguna sanción contra el interesado, quien deberá interponerlo ante la Corte de Apelaciones respectiva.

En este contexto normativo, es interesante la postura que toma la Corte de Apelaciones de Temuco, en la sentencia de 16 de Junio de 2015, en autos caratulados “María Rebeca Correa Valenzuela E.I.R.L. con Superintendencia de Educación”, Rol N° 419-2015, que establece que ante decisiones discrecionales de la autoridad administrativa, primeramente, se acepta el control judicial, mas ese control debe ser limitado y no puede sustituir la decisión administrativa salvo que esta sustitución sea

¹⁹⁵ Como hemos señalado, el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente es quizás el más interesante, junto al de la SVS, pero su análisis lo haremos en lo que respecta, sobre todo, al control que se realiza por medio del recurso de protección, por ser en definitiva este recurso el más común a dichos casos.

necesaria para el caso y para éste no fuere suficiente la mera anulación de la decisión:

“Que, sólo por excepción, ante actuaciones que son expresión de potestades discrecionales, se acepta que los Tribunales puedan substituir la voluntad de la administración, opción que se plantea cuando ella se impone, en un sentido determinado, como consecuencia de la anulación de las actuaciones objetadas. En este sentido García De Enterría y Tomás Ramón Fernández (García De Enterría E. y Fernández T.R., Curso de derecho administrativo. Vol. I, 15ª ed. Thomson Civitas, Navarra, 2011. . pág. 508) señalan que en ocasiones no es suficiente la anulación de la decisión administrativa y debe procederse a la sustitución de la decisión si tras dirimirse la controversia existe una única solución posible. En igual planteamiento Alfonso Parejo, (Parejo Alfonso L., Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa, Tecnos, Madrid, 1993. pág. 124) reconoce que esa sustitución es posible en el ejercicio de potestades discrecionales, cuando excepcionalmente la situación fáctica del caso pueda (por sus características) determinar una reducción total de la discrecionalidad. Mismo predicamento de Miguel Sánchez Morón, (Miguel Sánchez Morón. Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 161 y ss.) quien valida que por razones de economía procesal, el Juez declare en la sentencia el derecho del interesado a una solución determinada y condene a ésta a emitir el acto respectivo cuando en un caso concreto se

comprobara, sin lugar a dudas, que sólo existe una solución viable para el derecho, en los supuestos que la doctrina alemana denomina de reducción de la discrecionalidad.”¹⁹⁶

Ante estas razones, la Corte establece que carece de competencia para sustituir la decisión de la multa por una sanción menor (como la amonestación), dado que si la decisión de sancionar se ajusta a derecho, ello no le da ninguna razón suficiente para sustituir o rebajar la sanción administrativa: *“En esta lógica, carece de competencia este Tribunal para rebajar la multa o sustituirla por una amonestación, después de haberse concluido que la determinación de sancionar se encuentra ajustada a derecho, únicamente basado en el hecho de estimarse, como lo ha planteado la recurrente, que las circunstancias atenuantes debieran ponderarse en un grado mayor de intensidad, ya que claramente ello implica sustituir la decisión discrecional de la administración, en cuanto a la graduación de la sanción, que como se explicitó, va de amonestación a multa de 51 UTM a 500 UTM, en infracciones menos graves, como es el caso de autos, no configurándose los supuestos que autorizan dicha sustitución.”¹⁹⁷*

En esta sentencia, como en varias otras en lo que respecta a administrativo sancionador¹⁹⁸, la deferencia hacia la decisión discrecional del organismo público, en este caso una Superintendencia, es ciertamente problemática cuando no se da ante estándares de revisión claros—dados los alcances que pueden tener las sanciones—.

¹⁹⁶ Corte Suprema, sentencia de 16 de Junio de 2015, en autos caratulados “María Rebeca Correa Valenzuela E.I.R.L. con Superintendencia de Educación”, Rol N° 419-2015, Considerando 13°

¹⁹⁷ *Ibidem.*, Considerando 14°

¹⁹⁸ En este sentido, se señala que se deben cumplir aún más principios que los que simplemente aplican para el derecho administrativo común. Estos son, por ejemplo, el principio de legalidad, tipicidad, debido proceso, *non bis in idem*, y demás principios que rigen al derecho penal. Véase BOETTINGER, Camila. *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Actualidad Jurídica, N° 20, Tomo II, 2009. Impreso, pp. 588-593

Pero ello, desde la perspectiva de las consecuencias del control (no así, respecto de los estándares). El análisis de la legalidad no puede tener como consecuencia, en este sentido, una sustitución de la decisión administrativa, porque esto afectaría notablemente la estructura de decisiones contemplada por el propio legislador. En ese sentido, la sentencia es clara al afirmar que ante decisiones discrecionales lo que deben hacer nuestros tribunales (y en ello es un buen ejemplo al respecto), la labor del juez no debe ser de sustitución sino que meramente anulatoria. Ello es un reconocimiento explícito (aunque no es general en nuestro ordenamiento¹⁹⁹) de que las consecuencias del control judicial no pueden llevar a una sustitución de la decisión administrativa, sino meramente a su anulación en caso de ilegalidad.

Así, y en lo que respecta a las Superintendencias como organismos especiales, altamente técnicos y con una autonomía relativa, el control judicial de la legalidad de sus decisiones se ha dado, como hemos visto, de una forma errática y problemática. Por un lado, en lo que respecta a ciertas agencias, se puede ver cómo las Cortes han sido activistas sin contemplar muchas veces la discrecionalidad –muchas veces técnica- de la decisión administrativa; mas, por otro lado, hay casos en los que efectivamente las Cortes son “deferentes”²⁰⁰. En estos, sin embargo, ese concepto no es consciente. La condición de deferencia se da, en general, más bien desde las

¹⁹⁹ *Vid.* SAAVEDRA (2011), p. 236, quien cita numerosos casos de sentencias sustitutivas.

²⁰⁰ En este sentido, la tesis de Saavedra es que hay casos de deferencia explícitos, sobre todo en lo que respecta a discrecionalidad técnica. *Vid.* SAAVEDRA (2011), pp. 232-235

condiciones mismas del caso y no, en cambio, como una forma consciente de respeto al principio de equilibrio de poderes.

2. El control de aspectos de política: el caso del TDLC

Otro caso, aún más controvertido, dado el diseño normativo del sistema, es el control judicial de las sentencias que dicta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Como hemos señalado, la deferencia en lo que respecta al Derecho Administrativo se concentra en dos pilares: por un lado, el control de la discrecionalidad; y por el otro, el control de políticas o control “macro” a un organismo. Lo importante del caso del TDLC es que se trata, justamente, de un caso explícito del segundo tipo y que evidencia aún más las dificultades de poder enclaustrar el control jurídico que hacen nuestras Cortes, ya que todo el diseño del sistema de la libre competencia en Chile está estructurado de tal manera que tiende a una especialización muy poderosa en la litigación en la materia. Ello, sin duda alguna, nos lleva a la pregunta sobre la especialización de las sedes de conflicto –cuestión que trabajaremos más adelante en profundidad-, pero también a un hecho bastante particular del sistema: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia funciona, según nuestro propio Tribunal Constitucional, como una sede jurisdiccional de

resolución de conflictos, no así como sede administrativa²⁰¹; por tanto, la revisión judicial de sus decisiones como “recurso de reclamación” ya cabe como una particularidad extraña del sistema, por cuanto éste recurso correspondería más bien a una revisión del ámbito administrativo²⁰².

Sin embargo, y dada esta particularidad, lo relevante sobre este recurso es que la propia Corte Suprema lo ha entendido de una forma absolutamente amplia. Por un lado, ha sostenido que el recurso le confiere la facultad de revisar cuestiones tanto relativas al derecho de la causa, como también a asuntos de hecho e incluso cuestiones relativas a política²⁰³ -ello, entendemos, es lo que le da estatus para considerarlo como un control de política-. Esto ha implicado, por tanto, que es propiamente la Corte Suprema quien define dichos conflictos, los que si bien en general se fallan confirmando las sentencias del TDLC, implican en general una forma de intervención de la Corte Suprema y del Poder Judicial en un sistema de resolución de conflictos ideado expresamente para hacer frente a la experticia de sus asuntos y sobre los cuales, muchas veces, la Corte Suprema no tiene los medios adecuados para resolverlos²⁰⁴.

²⁰¹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 7 de Septiembre de 2010, en autos caratulados “Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo c. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, Rol 1448-2009.

²⁰² De hecho, la propia Corte Suprema definió esto en el mismo proyecto de ley que creaba el TDLC, al señalar: “*la denominación de reclamación es ajena al sistema de recursos procesales ante los tribunales de justicia y más bien se reserva al ámbito administrativo. Sería más propio establecerlo como recurso de casación*”. Vid. TAPIA, Javier y CORDERO VEGA, Luis. *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. Estudios Públicos, 139, Chile, 2015. Impreso, nota 134.

²⁰³ Así, la corte ha señalado que su control incluso se aplica “incluyendo el análisis económico y legal que le permitió alcanzar la su decisión” (Corte Suprema, *Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, Rol 4797-2008, sentencia del 27 de enero de 2009, C. 6°

²⁰⁴ TAPIA y CORDERO (2015), p. 11

Esto es sólo un ejemplo del hecho de que, tal como postularemos más adelante, las formas de especialización de la resolución de conflictos, que expresamente el legislador crea con estándares altos de revisión²⁰⁵, no han estado exentas de la sustitución judicial de sus decisiones. Ello implica que es aún más necesario posicionarnos claramente sobre cuál es la forma en que, ya como un proceso histórico y con raíces profundas en cómo se ha dado nuestra política, según se desprende de lo presentado hasta ahora, nuestros tribunales han ido progresivamente abarcando mayores esferas de control de los actos administrativos (todo en aras de la “legalidad” de los mismos, criterio ahora más que difuso según lo presentado). Este mismo proceso, tal como presentaremos con el mejor ejemplo de ello, ha implicado entonces una suerte de “política” hecha por nuestros jueces, en desmedro de los propios sistemas que el legislador establece para la toma de decisiones y la revisión de las mismas.

Así, lo que hemos trabajado como expresiones de un control de legalidad -lo que implicaría, como estándar, una revisión meramente jurídica y no de mérito u oportunidad²⁰⁶-, en variados casos se ha desvirtuado y convertido el control de

²⁰⁵ Que implican, por tanto, menos deferencia mientras más especializado sea el Tribunal. Ecuación que no se da en casos de tribunales ordinarios, que si bien deberían ser más deferentes, como propondremos, caen en formas de sustitución de las decisiones administrativas que muchas veces truncan los avances que el propio legislador se propuso: que fuera la Administración y no los jueces los encargados de velar por los intereses públicos.

²⁰⁶ Esto implicaría, por supuesto, desvirtuar la sistémica separación de poderes entre Administración y Poder Judicial, lo que a la postre, según hemos señalado, lleva a la idea pre moderna de “*jueces administradores*”. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La Administración pública ante los tribunales de justicia chilenos*. Revista de Derecho Público, vol. 33 N° 1., 2006. Impreso, pp. 19-21

razonabilidad de una decisión²⁰⁷ en una cuestión de mérito sobre el cual el juez, finalmente, sustituye la labor administrativa. Esto, en el caso del recurso de protección como contencioso administrativo, resulta aún más evidente.

3. El recurso de protección y su relación con la deferencia en nuestro sistema jurídico

El recurso de protección de garantías constitucionales se ha erigido en nuestro sistema, sin duda alguna, como el procedimiento basal en el que la ciudadanía, en general, ha cuestionado o demandado tanto derechos sociales, como resguardado sus propios derechos de propiedad o civiles en general. Es, claramente, uno de los pilares de la Constitución de 1980 y, como veremos, el procedimiento más clásico sobre el cual nuestras Cortes –Cortes de Apelaciones en primera instancia, y la Corte Suprema en segunda- han intervenido en las decisiones administrativas o de carácter público, con consecuencias diametrales para todo el ordenamiento jurídico²⁰⁸.

Este recurso está contemplado en el artículo 20 de nuestra Constitución como la acción *cantelar* por excelencia de nuestro ordenamiento, y si bien no comprende todos los derechos consagrados en el artículo 19 de la misma, se ha utilizado la vía

²⁰⁷ Que implicaría, como hemos visto, controlar que una decisión (i) no sea arbitraria o caprichosa; (ii) no ha actuado con exceso o abuso de poder; (iii) no ha actuado con desviación de fin o poder; (iv) o que los supuestos de hecho de la decisión se encuentran debidamente acreditados. *Vid.* CORDERO (2015), p. 429, nota 1395

²⁰⁸ Para un análisis completo de su rol en nuestro ordenamiento, véase GÓMEZ BERNALES, G. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2005. Impreso.

del derecho de propiedad para incluir una serie de derechos no contemplados para el recurso²⁰⁹. Ahora bien, lo relevante de este procedimiento es que deja a las Cortes la protección de una serie de derechos contra los poderes públicos, los que dado el caso de que se falle en su contra deben ajustar sus actuaciones a lo decretado por nuestros tribunales de justicia, atendida la naturaleza urgente y cautelar del procedimiento.

Sin embargo, como analizaremos, el recurso de protección se ha instaurado como otro tipo de contencioso administrativo –inidóneo, dada su estructura independiente del procedimiento administrativo y más bien como acción de urgencia²¹⁰ - que por excelencia se utiliza como vía de escape ante la imposibilidad de los otros procedimientos, incluso como primera vía de impugnación de actos administrativos dado su conveniente tramitación, en especial en tanto permite la anulación de los actos administrativos²¹¹.

Así, intentaremos demostrar cómo el recurso de protección se ha utilizado, en su dimensión de contencioso administrativo, como una forma que si bien busca resguardar los derechos fundamentales también muchas veces se utiliza como una forma de sustitución, por la vía de los jueces, de la vía administrativa de la toma de decisiones, las que finalmente terminan tomando nuestras Cortes en razón de la garantía de derechos, anulando decisiones incluso ya impugnadas en otras sedes

²⁰⁹ Véase, por ejemplo, el caso del derecho a la educación o a la salud, en NAVARRO BELTRAN, Enrique. *35 años del recurso de protección: Notas sobre su alcance y su regulación normativa*. Revista de Estudios constitucionales, vol.10, n.2, 2012. Impreso., pp. 630-633

²¹⁰ BORDALÍ (2006), y en un sentido similar VERGARA BLANCO (2012), p. 47

²¹¹ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. *El recurso de protección como mecanismo de control, en La Justicia Administrativa*. Santiago: Lexis Nexis, 2005. Impreso, p. 151

jurisdiccionales. Ello, por supuesto, nos lleva inicialmente a resolver una cuestión fundamental: el grado de deferencia hacia una decisión cuando lo que se controla son garantías fundamentales, es en general un grado de deferencia bajo, y ello se explica justamente porque el bien jurídico a proteger puede ser mucho mayor que la idea de separación de poderes o una legitimación sistémica de la toma de decisiones.

Lo anterior no lo cuestionaremos, porque se comprende que la existencia misma del recurso de protección como procedimiento cautelar implique un análisis poco deferente de las decisiones en juego, en base a la protección de derechos. Más bien la crítica apunta a la utilización de este recurso como forma de contencioso administrativo “urgente”, anulatorio, que escapa de una serie de regulaciones y controles de legalidad ya contemplados por el propio legislador para las decisiones administrativas. Es en esos casos, dado el sistemático control de legalidad que experimentan dichos actos, que se justificaría una deferencia a dichas decisiones que, en los casos que trabajaremos, no existe, y su ausencia implica más bien casos de activismo judicial que ponen en jaque las decisiones de política pública sobre la toma de decisiones en dichos asuntos.

Por ello, uno de los casos más emblemáticos sobre el cual se puede construir la opinión de nuestras Cortes en lo que respecta al estándar de control que se debe tener en los recursos de protección es el de los recursos de protección en materia

ambiental, los que habida cuenta de que se exige “ilegalidad o arbitrariedad”²¹², necesitan de un estándar claro sobre qué tipos de elementos considerar para que se produzca dichas consecuencias²¹³⁻²¹⁴.

Este tipo de casos tiene consecuencias innegables en la comprensión que nuestra Corte Suprema tiene sobre cuál es el estándar de control de los actos administrativos, por cuanto al proponer un control de la motivación —con un estándar “alto”, según refieren—, lo que está señalando es que el control de legalidad de los mismos debe ser lo menos deferente posible y debe, más bien, concentrarse en dilucidar cada aspecto de la fundamentación y motivación del acto administrativo. Por lo tanto, la posición de la Corte implica sin duda alguna un control judicial —sea por la vía del TMA, o por la del recurso de protección— de gran amplitud en cuanto a cuáles son los elementos de la discrecionalidad administrativa que se deben controlar.

Esto nos parece decisivo, porque define entonces la Corte la forma en la que en adelante se entenderá el estándar de legalidad. Con este razonamiento, el control de legalidad pasa necesariamente —en todo orden, pero sobre todo, como indica la

²¹² Véase Corte Suprema, sentencia de 20 de Octubre de 2011, autos Rol N°8719-2011.

²¹³ Lo relevante de este diseño institucional (y que tiene sus fundamentos en lo que trabajaremos en lo relativo al nivel de especialización de los órganos de control) pasa por el hecho de que es un sistema que, en términos teóricos, es perfecto como forma de control especializado de la toma de decisiones en el ámbito ambiental, así como también en lo relativo a los incentivos que acarrea el adoptar recursos más amplios para llegar a la Corte Suprema. Sin embargo, esta perfección se ve truncada por la forma en que es utilizado el recurso de protección como contencioso administrativo anulatorio en nuestro sistema. Véase TAPIA y CORDERO (2015), p. 57 y 58

²¹⁴ Así, en lo relativo a los casos en que se resuelve propiamente vía el sistema instaurado por el legislador, es decir, vía casación, nuestra Corte en general ha entendido que este recurso es un recurso de derecho estricto, en el que el control de la legalidad se da más bien por la vía de los Tribunales Ambientales y no por ella. Sin embargo, esto se ha visto un poco modificado por la propia noción que la Corte tiene en lo que respecta a cuál será el estándar de dicho control de legalidad. Así, en un fallo del 30 de Septiembre de 2015, justamente de casación ante una sentencia de un TMA, nuestra Corte Suprema ha enfatizado que el control de legalidad de las resoluciones de calificación ambiental —y, en cierto sentido, de todo acto administrativo como regla general—, refiere específicamente a *un control de la motivación del acto administrativo*, el que debe exigir, para el caso de estas resoluciones, un estándar alto de motivación. Véase TAPIA y CORDERO (2015), p. 56

Corte, en lo referido a cuestiones ambientales- por un control estricto de la motivación del acto. Sobre ello, uno podría pensar que cuando se habla de motivación se habla implícitamente de razonabilidad. Sin embargo, cuando lo que dice la Corte es más bien el exigimiento explícito de un “alto estándar de motivación”, lo que quiere decir es que más bien la legalidad de la decisión –de la discrecionalidad de la misma- pasa por controlar todos los aspectos de la justificación de la misma. En ese sentido, el control que propone –de manera casi explícita- es un control de legalidad que es, más bien, un control de mérito de la decisión administrativa.

Recapitulando, lo relevante entonces del recurso de protección como forma de control de los actos administrativos es que el grado de deferencia en esta acción es prácticamente nulo. Ahora bien, como hemos dicho, esto no es un sinsentido si lo que se está resguardando es derechos fundamentales, pero sí es un error cuando lo que hay detrás es, más bien, un recurso anulatorio –de naturaleza estrictamente administrativa- encubierto como una acción tutelar. El uso de esta acción en la protección del derecho a un medioambiente libre de contaminación muestra cómo es que, en la práctica, la Corte Suprema y también nuestras Cortes de Apelaciones han optado por una forma de control de los actos administrativos que abarque la mayor cantidad de acciones y recursos para asegurar la revisión de los mismos, sin la claridad ni la intención de someter dichos actos al control de legalidad que el propio sistema ha creado para ellos.

En ese sentido, se ha dicho que “[e]ste uso implica, en los hechos, conferir un efecto de validez general a una sentencia cuyo objeto es, jurídicamente, de tutela transitoria. En, entonces, (...) al considerar la invalidez de los actos administrativos la Corte opera bajo una lógica de protección de garantías, que le permite conocer, de manera muy rápida (!), cuestiones de hecho, derecho o política”²¹⁵. Así, estamos en frente sin duda alguna a uno de los mayores errores conceptuales sobre el que el problema de la deferencia es central para definir, en definitiva, cuáles son los límites que nuestras Cortes tienen en la revisión de las decisiones administrativas. Y en ese aspecto, comprender como se ha hecho la relación entre el recurso de protección y el control de legalidad pasa necesariamente por proponer, en definitiva, una forma sistemática de entender la deferencia en nuestro Derecho.

c. El caso de la especialización de los tribunales y su influencia en la deferencia hacia el acto administrativo

Una de las principales características de la modernización del Derecho Administrativo ha sido la diferenciación estructural que, tal como hemos expuesto en los inicios de esta investigación, invitaba a la separación de poderes entre la judicatura y la Administración²¹⁶. Este proceso ha tenido como consecuencia también, y ya de

²¹⁵ TAPIA y CORDERO, p. 59

²¹⁶ BORDALÍ (2006), 19-21

la mano de una concepción de tecnocrática de la Administración, una intensa especialización en la toma de decisiones de nuestros organismos públicos, de cara a satisfacer en mayor o menor medida las exigentes necesidades que nuestras sociedades contemporáneas han exigido cumplir al Estado. Sin embargo, este proceso de especialización y de influencia de la técnica convive aún, con el pasar de los años, con nuestras instituciones más ancestrales que resguardan el Estado de Derecho, como lo son justamente nuestros tribunales de justicia²¹⁷.

Ante este panorama, sin duda interesante sobre todo en términos de la legitimación política de todo tipo de instituciones basadas en la tecnocracia estatal²¹⁸, no nos centraremos en las virtudes o desventajas del proceso de especialización en Chile, sea de la propia administración como de los tribunales. Más bien, centraremos los esfuerzos en comprender la relevancia que tiene –dada la existencia de dichos tribunales especializados- la especialización del tribunal en la propia aproximación que hace del mismo: es decir, nos centraremos en vislumbrar la relación que tiene el grado de deferencia con el grado de especialización del tribunal que controla. Esto, según demostraremos, nos dará cuenta aún más de porqué la concepción que tienen nuestros tribunales ordinarios (que integran, por tanto, el Poder Judicial) de sus competencias de revisión es errónea en lo que respecta a la aproximación excesiva

²¹⁷ COSTA, Ezio, *Los procesos administrativos especiales en Chile*. Revista de Derecho de Valdivia, vol. XXVII, n. 1, 2014. Impreso, p. 159

²¹⁸ Véase SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Barcelona: Marcial Pons, 2003. Impreso, pp. 102-108 y, en el mismo sentido, ATRIA (inédito).

que hacen a actos muchas veces de una excesiva carga tecnocrática, y sobre los cuales hay procedimientos especiales de control ya destinados para tales efectos, en los que se justifica más bien ser menos deferentes porque justamente son más especializados.

Así, desde la perspectiva con la que se ha trabajado el control judicial²¹⁹, debemos comprender que la importancia de la especialización de los tribunales y procedimientos administrativos pasa, en general, en cuanto que con ellos “*se crean herramientas que permiten el control de los actos de la administración, y el desafío de la discrecionalidad de la misma. Siendo estos tribunales de composición mixta, la manera y debido al carácter técnico de sus integrantes se podría permitir la sustitución de la decisión administrativa y sin dudas se permite un mayor control del razonamiento técnico, así como una mayor certeza jurídica en el área regulada*”²²⁰.

²¹⁹ Que, para efectos de lo planteado por COSTA (2014), p. 161-162, implicaría incluirse en los denominados “administrativistas de luz roja”. Aunque, por supuesto, ello no quita el hecho de que estas posiciones puedan tener sus falencias, sobre todo en lo que respecta a una muchas veces insensata fe en la discrecionalidad administrativa y en la tecnificación de la toma de decisiones, sin poner justamente el foco en una mayor democratización de las decisiones administrativas. Un buen ejemplo de una mayor búsqueda de democratización de este poder, y de más participación, lo expone SCHMIDT-ASSMAN (2003), pp.118-125

²²⁰ *Ibidem*.

1. Fundamentos de la especialización

Esta especialización tiene como fundamento, según hemos esbozado, un intento por ir abarcando, ya en amistad con la ciencia, mayores y más complejas necesidades sociales. Este proceso tiene en sus cimientos justamente la separación de sistémica entre la creación de normas y la aplicación de las mismas²²¹ (hecho central por el cual llamamos a la Administración, muchas veces, “Poder Ejecutivo”), completando la trilogía el control que los propios jueces deben realizar de la legalidad de dicha aplicación de las normas fundamentales.

En este sentido, y ya a un nivel histórico más cercano, la ya referida complejización de las necesidades sociales y los poderes públicos dio paso a desafíos no previstos en el antiguo sistema. Ello se sumó, en los inicios del siglo XX a la idea del Estado y su función como “*servicio público*”, que implicó una mayor intervención del Estado en muchos sectores de la economía –dependiendo del “lado” del mundo en donde uno se situara²²²-. Más adelante, y en base a este proceso de complejización,

²²¹ Vid. De OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, 2º ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988. Impreso.

²²² Por supuesto, esto refiere centralmente a al proceso histórico del Estado Benefactor en Europa y Estados Unidos, y no en lo que respecta a la órbita soviética, donde el problema de la especialización se dio más bien a la par del crecimiento de las burocracias del Partido, en las cuales dicho proceso de cientificación se dio como una forma de avance del proceso histórico del socialismo. Así, en cierta medida, la ciencia y su técnica jugó un papel clave tanto para el afianzamiento de la burocracia estatal comunista, como del estado benefactor como forma asegurar justicia distributiva en el Estado Capitalista. Para ello, véase la excelente recopilación sobre el rol de la técnica como forma de justificación del neoliberalismo, en ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo (editor). *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia, 2005. Impreso. En específico, el problema de la tecnocracia y su relación con el neoliberalismo en Chile es muy bien trabajado por Verónica Montecinos, quien expone cómo la tecnocracia económica –por supuesto, el mejor ejemplo son los famosos “*chicago-boys*”- ha sido importantísima en las múltiples reformas neoliberales desde los 80: MONTECINOS, Verónica. *Notas sobre la evolución e influencia de la tecnocracia económica en Chile*, en ESTRADA (2005), pp. 151-173

se plasmó ya en la década de los 80' una profunda privatización de las necesidades públicas seguida, a su vez, de una concepción más consciente de los objetivos públicos de dichos mercados, lo que le dio una particular importancia a regular dichas esferas de la economía²²³.

Esto trajo como consecuencia, según la literatura de la época²²⁴, definir cómo y quién estaba en mejor posición de hacer frente a dichos cambios tan drásticos en nuestra forma de definirnos como comunidad de cara tanto al mercado como a las exigencias sociales. Y ante ello, sin duda fue la Administración quien se alzó como la mejor posicionada ante dichas exigencias. Ello implicó, entonces, y en un proceso jurídico global, que el legislador “delegara” diversas tareas o responsabilidades a organismos administrativos, los que entonces vieron aumentadas sus potestades y su espacio de control²²⁵, lo que sin duda coincide aún más con el auge de la discusión sobre la discrecionalidad administrativa.

Así las cosas, este proceso histórico implicó que parte de la creación normativa, y también de la creación de políticas públicas, se radicara fundamentalmente en el Gobierno o poder ejecutivo²²⁶. Con ello, administrativización de esta toma de decisiones también conllevó, lógicamente, buscar que el control de las mismas fuera

²²³ Sobre esto, TAPIA y CORDERO señalan que justamente este proceso sería entendido, *a posteriori*, como el surgimiento del “Estado Regulador” o “Capitalismo regulatorio”. Este proceso es, por tanto, central para comprender la relevancia política de la discusión entre lo que se ha denominado una tesis más “judicialista” frente a otra más “administrativista”. *Vid.* TAPIA y CORDERO (2015), p. 20

²²⁴ Véase SUNSTEIN, C. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge, MA – London: Harvard University Press, 1990. Print, p. 111 [Citado en TAPIA y CORDERO (2015), p. 21].

²²⁵ TAPIA y CORDERO (2015), p. 22

²²⁶ SCHMIDT-ASSMAN (2003), pp. 60-63, y profundizando aquello, SCHMIDT-ASSMAN (2003), pp. 168-178

lo más especializado que pudiere, en el entendido de que dicha experiencia y experticia también serían necesarias para el órgano de control, porque, en su defecto, si dicho órgano no tuviere tal grado de especialización, las decisiones de política pública basadas en tal grado de complejidad se verían truncadas por tales órganos. Así, no sólo se delegaron más facultades interpretativas y de aplicación a los entes administrativos para diseñar y ejecutar políticas públicas, sino también se buscó una especialización judicial que les acompañara²²⁷.

Lo anterior es, justamente, central para esta parte de nuestra investigación, porque a lo que refiere es que el proceso histórico del Derecho Administrativo occidental implicó una suerte de delegación de la función de interpretar las normas en la Administración en detrimento de, entonces, los jueces (que, son, en los pilares de nuestro sistema, justamente los llamados a hacer la interpretación jurídica). La difusión general de la discrecionalidad administrativa en nuestro sistema jurídico llevó también entonces a comprender que para que los propios jueces pudiesen controlar de buena manera el derecho en dichas decisiones, haría falta su propia especialización. Ello conllevó, sin duda, a un choque frontal con las competencias judiciales clásicas -que para fines de este capítulo, llamaremos “jueces generalistas”²²⁸-, en las cuales si bien la judicatura especializada ha tenido su mejor ejemplo, también tiene como su

²²⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel y MORA-SANGUINETTI, Juan S. *El mito de la especialización judicial*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N°. 1, 2015. Web. 1 de Mayo, 2016, pp. 10-12

²²⁸ En atención a que, en contraste con la jurisdicción especializada, su estándar de revisión refiere a un montón de materias y asuntos de carácter general. *Vid.* TAPIA y CORDERO (2015) y DOMÉNECH y MORA-SANGUINETTI (2015).

mayor distinción el hecho de que intenta emular a la administración, ejerciendo mayores espacios de discrecionalidad en sus decisiones e intentando producir decisiones también más basadas en la técnica que en lo meramente jurídico, haciendo más rápidos sus procedimientos y buscando una coherencia interna mayor²²⁹.

En este sentido, la especialización judicial, basada en estas ventajas derivadas de su centro en la técnica científico-económica, es producto de una “doble desventaja”: por un lado, desconfía “*en el actuar de la Administración y su capacidad de dar un uso adecuado a los espacios de discrecionalidad (...) frente a lo cual la judicatura proveería la independencia necesaria que actúa como contrapeso*”²³⁰; y por el otro, también desconfía “*en las capacidades técnicas de los jueces tradicionales, generalistas, para controlar las capacidades supuestamente “exorbitantes” que dicha Administración habría adquirido producto de la complejización de las relaciones económicas*”²³¹.

2. El grado de especialización y las posturas sobre la deferencia

Es por esto que el grado de especialización técnica es esencial para comprender la deferencia en lo que respecta a nuestra investigación. Ello se debe a que dichas desconfianzas, y el afianzamiento de ellas en las ventajas de la especialización judicial,

²²⁹ DOMÉNECH y MORA-SANGUINETTI (2015), p. 11 y 12, refieren justamente a las mayores ventajas que tendría este tipo de judicatura en varios espectros del sistema jurídico.

²³⁰ TAPIA y CORDERO (2015), p. 29

²³¹ *Ibidem*.

juegan un papel crucial en cuál es la tesis sobre cuáles son los límites del control judicial que se impone a las decisiones regulatorias. Ello se explica en las siguientes distinciones.

Por un lado, (i) una doctrina que esté en favor de la especialización judicial, tenderá a creer que los jueces generalistas deben ser más deferentes hacia las decisiones administrativas especializadas y técnicas, dado que no tienen los incentivos para intervenir plenamente en dichas decisiones, por ser sus capacidades y posición institucional menores en relación a dichas facultades altamente especializadas; y, además, un juez especializado tenderá a hacer mucho menos deferente, y por tanto intervenir más en los aspectos de mérito y oportunidad, porque el control que realiza de dichas decisiones especializadas tiene un incentivo a equilibrar la balanza institucional de la discrecionalidad y, también, porque tienen las capacidades técnicas que los avalan para tomar dichas decisiones²³².

Por otro lado, (ii) una doctrina que esté en contra de la especialización judicial tenderá a creer que dichas sedes de control son esencialmente discrecionales, lo que implica también un peligro para el Estado de Derecho, que fundamenta entonces una intervención judicial más amplia en aras de asegurar que dichos incentivos de la propia justicia especializada no deriven una mayor arbitrariedad, dada la proximidad institucional que tienen dichas sedes con sus órganos controlados. Así también, una

²³² TAPIA y CORDERO (2015), pp. 27 a 35

doctrina de este tipo haría énfasis en el riesgo de “captura e ideologización” en que el propio juez administrativo especializado puede caer, a raíz de su posición institucional ligada directamente a sus autoridades administrativas²³³.

Así, el énfasis que se da en uno y otro caso, como bien señalan Tapia y Cordero, es que el efecto que tiene el diseño institucional en la resolución de la disputa entre adjudicación e implementación es esencial²³⁴. Y sobre ese mismo diseño es que la disputa un tanto “competencial” entre el Poder Judicial y las visiones más administrativistas tuvo su base cuando se discutió la creación, justamente, de los Tribunales Ambientales, sobre los cuales la Corte Suprema señaló, claramente con un celo específico en resguardar la separación de poderes de una forma muy estricta, que: *“esta Corte estima que en las condiciones en que el proyecto se propone, este no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión del Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales, motivo por el cual se sugiere eliminar la expresión “tribunal” de los preceptos que la emplean”*²³⁵. Ello nos lleva, justamente, a que la posición institucional de la Corte Suprema en relación a la creación de tribunales administrativos especializados es, sin duda, contraria a los mismos y desvela una posición política y doctrinaria dominante en el Poder Judicial que explicaría muchos de los procesos que hemos señalado a lo largo de esta investigación²³⁶.

²³³ DOMÉNECH y MORA-SANGUINETTI (2015), p. 17 a 19

²³⁴ TAPIA y CORDERO (2015), p. 35

²³⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.600, p. 633 y 1183. [citado en COSTA (2015), p. 160]

²³⁶ COSTA (2015), p. 160

En efecto, podemos concluir que lo expuesto en torno a las disputas por el diseño institucional de la especialización judicial es políticamente importante para comprender las diferentes formas de control judicial que hemos en que hemos trabajado, y según las cuales nuestros jueces evitan más bien la deferencia administrativa como una opción institucional relevante. Esto, debido a que, como jueces generalistas, y en base muchas veces a estándares de control muy difusos, comprenden que su labor no puede quedar relegada a una simple constatación de la legalidad formal de los actos que controlan, y entienden que el propio ejercicio de la jurisdicción como garante de los derechos individuales, los legitima enteramente para controlar las decisiones administrativas. Es, en definitiva, esta tesis –mayoritaria en nuestro Poder Judicial, y casi sin disputa dentro del mismo- la que hay que disputar; disputa en la cual una comprensión acabada sobre el concepto de deferencia debe ser uno de los pilares de la visión que nuestra doctrina administrativa tiene que proponer.

CONCLUSIÓN

La postura ya expuesta sobre el problema de la deferencia, como podemos ver, pasa en definitiva por comprender los límites y fundamentos de los distintos aspectos de la relación entre poderes públicos. Sólo una relación expuesta de forma puramente científica (cuestión que excede los límites de este trabajo) puede dar completa comprensión del fundamento mismo no sólo de la deferencia, sino que ya en su aplicación a la judicatura, al límite mismo del ejercicio de aplicación del derecho.

En este sentido, no sólo hemos podido comprobar cómo ya la propia definición de deferencia que demos necesita de forma innegable de una buena comprensión tanto del principio de separación de poderes, como de la relación entre derecho y política. Así, muchas veces, cuando la doctrina habla de deferencia, tanto en lo relativo a discrecionalidad como en lo relativo a políticas públicas, se está refiriendo a la distinción misma entre derecho y política –cuestión que pocas veces se plantea de forma explícita-.

Así también, hemos comprobado cómo la necesidad de sistematización parece ahora, sin duda alguna, un elemento necesario cuando hablamos de deferencia, en especial en lo referido al Derecho Administrativo. La incomprensibilidad del hecho de que en lo relativo a deferencia nuestra doctrina sólo haya trabajado sistemáticamente el caso de la deferencia legislativa, y en absoluto el caso de la

deferencia administrativa, se entiende cuando miramos –en general, de forma nostálgica- el poco avance teórico que ha tenido nuestro Derecho Administrativo en los últimos años. Pero ello, claramente, obedece a cuestiones históricas que es necesario analizar debidamente, y sobre las cuales una comprensión del Derecho que no haga omiso de su propia historia no puede sino hacerse cargo.

Es entonces en esa comprensión de que nuestro Derecho Administrativo no puede sino tener fundamentos en su propia historia –y en el hecho de que la necesidad actual de su crítica pasa por comprender dicha historia-, que este trabajo se enmarca como un breve resumen de la noción de deferencia en sus distintos aspectos. Dichos aspectos, en general, y como se ha mostrado, obedecen siempre a una correlación de fuerzas –y de perspectivas- entre distintos organismos que se relacionan entre sí, y, como hemos señalado, a una búsqueda de equilibrio en la problemática relación entre los conceptos de autoridad, legalidad y legitimidad que rondan a una decisión de carácter público.

Es en esa relación, casi siempre conflictiva –habida cuenta de las dificultades que presenta no sólo el propio derecho, sino también las dificultades de un mundo social cada vez más complejo y en el que confluyen multiplicidad de intereses-, que el foco debe estar, creemos, siempre en la legitimidad de las decisiones, sin abandonar por ello la legalidad de las mismas (lo que implicaría, a contrario sensu, el abandono del derecho mismo como aparato social). Ello no sólo nos lleva a mirar siempre las

decisiones del legislador –el que es, en general en la doctrina iuspublicista, el sujeto colectivo que representa la voluntad del Pueblo-, y en tal sentido mirar a las formas en que éste regula los distintos aspectos del mercado o sector que analizamos, sino también debemos apuntar, en definitiva, a que las decisiones finales –tomadas por el juez o por el administrador- sean especialmente cautas y contemplen debidamente lo que la propia regulación establezca, ni más ni menos.

Tal juego de razonabilidad entre distintas posibilidades de solución a los problemas particulares –que en el caso de la judicatura obedece a una noción de conflicto, mas en el caso de la Administración obedece en general a una noción de servicio y búsqueda del interés público-, debe necesariamente tener límites y fundamentos en la propia democracia: es ése el punto mismo de sus propia legitimidad. En tal sentido, sólo cuando una decisión podemos comprenderla como legítima desde el propio ordenamiento –ordenando así la relación entre la autoridad, legalidad y legitimidad de la misma-, es que podemos excluir su propia politización.

En tal frontera entre lo político y lo jurídico, los jueces activistas (y también los formalistas) presentan un gran problema para una comprensión debida de la independencia judicial. Si de lo que hablamos cuando nos referimos a deferencia, sobre todo en nuestros tiempos, es propiamente de no interferir en las competencias de otros órganos, cuando hablamos de activismo estamos necesariamente

refiriéndonos a un juez –o quien controla- que está interfiriendo –indebidamente- en la decisión de otro órgano.

En tal sentido, proponer una concepción de la deferencia es, finalmente, propender a una comprensión más acabada del activismo y de sus propias (ilegítimas o no) prácticas. De hecho, proponer que sean deferentes no pasa por decirles que son malos jueces (en muchos casos, un juez activista es un juez que hace lo que el legislador no quiso/pudo hacer, y ello en términos materiales puede ser sin duda mejor). Proponer la deferencia pasa más bien por señalar cuál es, más bien, la postura institucional que deben tomar cuando de lo que se trata es de mantener su propia independencia –esencial para ellos y para la propia concepción de nuestra Democracia moderna- sin enemigos.

Dicho lo anterior, las palabras de Tocqueville pueden ser una buena muestra de la necesidad misma de que los jueces avancen a medida en que avanza su sociedad: *“Tal poder [judicial] es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que*

*las condiciones se igualan*²³⁷. Con Tocqueville, y en razón justamente de lo que insinúa García de Enterría²³⁸, tal poder sólo es posible de sostenerse a la vez de que es expresión, legítima y profundamente arraigada, de condiciones sociales, económicas y legales que lo hagan posible.

²³⁷ TOCQUEVILLE, A. *De la démocratie en Amérique*, en la ed. De Gallimard, París, II, 1951. Impreso, p. 331 [citado en GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), p. 163]

²³⁸ *Ibidem*.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCON JAÑA, Pablo Andrés. *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000. Impreso.

ASTORQUIZA, G. *A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamento. Condiciones. Criterios*, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional. Santiago: Imprenta Contraloría, 2002. Impreso.

ATRIA, Fernando. *La Potestad jurisdiccional y la potestad administrativa en general y la sancionatoria en particular* (Inédito)

_____. *Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como poder nulo*. Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004. Impreso.

AYLWIN, A. *Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón*. Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1992. Impreso.

_____. *Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República*, en *20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*. (editor Enrique Navarro). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2001. Impreso.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Estado actual del control de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?* *Revevista Derecho* (Valdivia) v.23 n.1 Valdivia, 2010. Web. 1 de Mayo de 2016.

BÖCKENFÖRDE, E. W. *La democracia como principio constitucional. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. Impreso.

BOBBIO, Norberto. *Ética e política*, Micromega, núm. 4, 1986. Impreso.

BOETTINGER, Camila. *El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Actualidad Jurídica, N° 20, Tomo II, 2009. Impreso.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La Administración pública ante los tribunales de justicia chilenos*. Revista de Derecho Público, vol. 33 N° 1., 2006. Impreso.

CARMONA SANTANDER, Carlos. *El contencioso administrativo entre 1990 y 2003*, en: *La justicia administrativa* [actas I Jornadas de Derecho Administrativo] (coord. Juan Carlos Ferrada Bórquez). Santiago, Lexis Nexis, 2005. Impreso.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado* (trad. J. León Depetre). México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1ª edic., 1948. Impreso.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. *Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)*. Revista de Administración Pública, N° 153, 2000. Impreso.

CASSAGNE, Juan Antonio. *La discrecionalidad administrativa*. Disponible en línea en:
http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf [visto el 26 de Noviembre de 2015]

CEA EGAÑA, José Luis. *Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno*. Santiago: Gaceta Jurídica N° 137, 1991. Impreso.

CIRIANO VELA, César; *Administración Económica y Discrecionalidad*. Valladolid: Edit. Lex Nova, 2000. Impreso.

CORDERO VEGA, Luis. *El Control de la Administración del Estado*. Santiago: LexisNexis, 2007. . Impreso.

_____. *Procedimientos administrativos y la jurisdicción contenciosa administrativa*, en: Ferrada, Juan Carlos (coordinador), “La justicia administrativa”. Santiago: Lexis Nexis, 2007b. Impreso.

_____. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Legal Publishing, 2015. Impreso.

COSTA, Ezio, *Los procesos administrativos especiales en Chile*. Revista de Derecho de Valdivia, vol. XXVII, n. 1, 2014. Impreso.

DALY, Paul. *A Theory of Deference in Administrative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Print.

DESDENTADO, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona: Edit. Aranzadi, 1999. Impreso.

DETMOLD. J. *Law as practical reason*. Cambridge Law Journal, 48(3), 1989, Traducción de J M Simián. Print.

De OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, 2º ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988. Impreso.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel y MORA-SANGUINETTI, Juan S. *El mito de la especialización judicial*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N° 1, 2015. Web. 1 de Mayo, 2016.

DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Impreso.

_____. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, en Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. Print.

ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo (editor). *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América Latina*. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia, 2005. Impreso.

FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, Desarrollo y Legalidad*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011. Impreso.

FERNÁNDEZ, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Thomson Civitas, Quinta Edición, 2008. Impreso.

_____. *La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece*. RAP, núm. 196, Madrid, enero-abril, 2015. Impreso.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2011, n.36

_____. *El recurso de protección como mecanismo de control*, en *La Justicia Administrativa*. Santiago: Lexis Nexis, 2005. Impreso.

_____. *El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses*. Revista de derecho (Valdivia), vol.25, n.1 2012. Web. 1 de Mayo. 2016.

FUENTES, Claudia. *Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder*. Revista de Ciencia Política de Universidad Diego Portales, v. 31, N° 1, 2011. Impreso.

FOLEY, Brian. *Deference and the Presumption of Constitutionality*. Dublin: Institute of Public Administration, 2008. Print.

GARCÍA, José Francisco. *Deferencia técnica a agencias administrativas*, en El Mercurio Legal. Disponible en línea en: <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-jose-francisco-garcia-qdeferencia-tecnica-a-agencias-administrativasq.html> [visto el día 4 de Enero de 2016]

GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio. *De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio*. Revista Actualidad Jurídica N° 22, Julio 2010. Impreso.

_____. *Activismo judicial, ¿hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones L y D, 2013. Impreso.

GARCÍA, José Francisco y CORDERO VEGA, Luis. *Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias*. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2012. Impreso.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 1998. Impreso.

GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Madrid: Civitas, 2002. Impreso.

GELLHORN y LEVIN. *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., 1997. Print.

GÓMEZ BERNALES, G. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2005. Impreso.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2000. Impreso.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1992. Impreso.

HUNT, Murray. *Sovereignty's Blight*, en Nicholas Bamforth and Peter Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Oxford: Hart, 2003. Print.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995. Impreso.

LEPPE GUZMAN, Juan Pablo. *Actos intermedios y recurso de protección ambiental*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n. 41, 2013. Impreso.

MORALES ESPINOZA, Baltazar. *El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República*. En *Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*, 2012. Impreso.

NAVARRO BELTRAN, Enrique. *35 años del recurso de protección: Notas sobre su alcance y su regulación normativa*. *Revista de Estudios constitucionales*, vol.10, n.2, 2012. Impreso.

NIETO, Alejandro. *La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo*. RAP, N° 76, 1978. Impreso.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. *El principio de legalidad. El contenido y alcance del principio de legalidad en las actuaciones de la 185 administración del estado*. En: *La administración del estado de Chile, Decenio 1990 – 2000*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago: Editorial Cono Sur Ltda., 2000. Impreso.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Estudios preliminares: La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*. En *La jurisdicción contencioso-administrativa*, Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001. Impreso.

_____. *La organización administrativa el Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. Impreso.

PAREJO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas*. Madrid: Tecnos, 1993. Impreso.

PIERRY ARRAU, Pedro. *El control de la discrecionalidad administrativa*. *Revista de los Jueces*, año 18, N° 4, primer semestre, 1987. Impreso.

_____. *Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 92, N°2, 1995. Impreso.

PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octium*, traducción de C H O y W A Oldfather. Oxford: Clarendon Press, 1934. Impreso.

RECABARREN DELGADO, R. *La toma de razón de los decretos y resoluciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969. Impreso.

SAAVEDRA, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa: Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2011. Impreso.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 1997. Impreso.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Barcelona: Marcial Pons, 2003. Impreso.

SUNSTEIN, C. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge, MA – London: Harvard University Press, 1990. Print.

TAPIA, Javier y CORDERO VEGA, Luis. *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. Estudios Públicos, 139, Chile, 2015. Impreso.

TOCQUEVILLE, A. *De la démocratie en Amérique*, en la ed. De Gallimard, París, II, 1951. Impreso.

VERGARA BLANCO, Alejandro. *Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección*, en: Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público, Primer Seminario de Litigación Pública, Universidad de los Andes, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011. Impreso.

VON SAVIGNI. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid: F Góngora y Compañía, 1878. Impreso.

ZAPATA, Patricio. *Teoría de la Deferencia Razonada*, en Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado, 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica, 2008. Impreso.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante “las cuestiones políticas*. Revista Ius et Praxis - Año 14 - N° 2, 2008. Impresa.